دکتر سید محمد اصغری

عدالت

به مثابهٔ «قاعده»

همراه با قواعد: «لاضرر»، «لاحرج»، «عدل و انصاف» و ...

عدالت

به مثابهٔ «قاعده»

همراه با

قواعد: «لاضرر»، «لاحرج»، «عدل و انصاف» و...

نوشتهٔ

دکتر سیدمحمد اصغری

عضو هیأت علمی دانشگاه تهران

انتشارات اطلاعات

تهران ـ ۱۳۸۸

سرشناسه: اصغری، سیدمحمد، ۱۳۲۷ـ
عنوان ونام پدیدآور: عدالت بـه مثابهٔ «قاعده»: همـراه با قواعد «لاضـرر»، «لاحرج»، «عدل و انصاف» و... / نوشته محمد اصغری
مشخصات نشر: تهران: اطلاعات، ۱۳۸۸
مشخصات ظاهری: ۲۹۵ص.
شابک: 978-964-423-740-9
وضعیت فهرست‌نویسی: فیپا
یادداشت: کتابنامه: ص. ۲۸۷ـ۲۹۵؛ همچنین به صورت زیرنویس
موضوع: فقه ـ قواعد
موضوع: قاعده عدل و انصاف
موضوع: قاعده (اسلام)
موضوع: عسر و حرج
موضوع: قاعده لاضرر
شناسه افزوده: مؤسسه اطلاعات
رده‌بندی کنگره: BP ۱۶۹/۴ع۶الف/۱۳۸۷
رده‌بندی دیویی: ۲۹۷/۳۲۴۱
شماره کتابشناسی ملی: ۱۶۵۴۸۹۱

انتشارات اطلاعات
تهران: خیابان میرداماد، خیابان نفت‌جنوبی، روزنامه اطلاعات، شماره پستی ۱۵۴۹۹۵۳۱۱۱
تلفن: ۶ـ۲۹۹۹۳۴۵۵ تلفن‌دفترتوزیع‌وفروش: ۲۹۹۹۳۲۴۲
فروشگاه مرکزی: خیابان انقلاب اسلامی، روبروی دانشگاه تهران، تلفن: ۶۶۴۶۰۷۳۴

عدالت به مثابهٔ «قاعده»

نوشتهٔ دکتر سید محمد اصغری

ویراستار: افسانه قارونی حروف‌نگار: سیدحسن صالحی صفحه‌آرا: فاطمه حلوائی
طراح روی جلد: رضا گنجی حروف‌نگاری، چاپ و صحافی: مؤسسه اطلاعات

چاپ اول: ۱۳۸۸ شمارگان: ۲۱۰۰ نسخه

قیمت: ۲۴۰۰ تومان

شابک: ۹ـ۷۴۰ـ۴۲۳ـ۹۶۴ـ۹۷۸ ISBN: 978-964-423-740-9

به استادم و برادرم، حُجةالاسلام والمسلمین آقا سیدشـــکرالله اصغری تقدیم می‌شـــود. واعظ دانشـــمند و عارفی که منزّه زیست، و همواره از «حق» و «عدل» گفت. روحش شاد و یادش مستدام باد.

سخنی از ابن قیّم:

«... اِنَّ اللهَ سُبحانَهُ اَرْسل رُسُلَهُ وَ اَنزَلَ کُتُبَه، لِيَقوُمَ النّاسُ بالقسط ... فَاذا ظَهَرَتْ اَماراتُ العَدْلِ وَ اَسْفَرَ وَجْهُهُ بِاَیِّ طَریقٍ کانَ، فَثَمَّ شَرْعُ اللهِ وَ دینُهُ... فَایُّ طریقٍ اُسْتُخْرِجَ بِه العَدْلِ وَ القِسطِ، فَهُوَ مِنَ الدّینَ وَ لَیسَتْ مُخالِفَةً لَهُ...»

... و او پروردگار بزرگ، پیامبران را با کتابها فرو فرستاد، تا مردم عدل و داد بر پای دارند...

پس، هرگاه آیات و نشانه‌های عدل چهره گشود، و از هر طریق ممکن، رُخسار زیبای دادگری پرده برانداخت، همان سوی و همان سَمت نیز راه دین و جاده مستقیم شریعت است.

... پس: عدالت از هر مسیر و طریقی که فراچنگ آید، و قِسط و داد از هر شیوه و مشیمه‌ای که رخ نماید، هرگز رودرروی دین نیست، بلکه همه‌اش از دین و آیین است.

فهرست مطالب

پیشگفتار ۱۷

بخش نخست: تعاریف، کلیّات و مفاهیم عدالت

طرح مسئله ۲۳

فصل اوّل: تعاریف و تطوّر مفهوم عدالت ۲۵

الف ـ واژه عدالت ۲۵

ب ـ تعاریف عدالت ۲۵

ج ـ دگرگونی مفهوم عدالت ۲۹

ـ عدالت در سنت «هابزی» ۲۹

ـ عدالت در سنّت «کانتی» ۳۰

ـ عدالت و سوسیالیسم ۳۱

ـ عدالت در اندیشه فلاسفه قرن بیستم ۳۲

اوّل: جان راولز ۳۲

دوّم: رابرت نوزیک ۳۴

د ـ جمع‌بندی ۳۵

فصل دوّم: اندیشمندان اسلامی و عدالت ۳۸

الف ـ طرح بحث ۳۸

ب ـ محورهای عمده از دیدگاه لیبرالیسم و سوسیالیسم ۴۱

ج ـ دیدگاه اندیشمندان اسلامی در عدالت اقتصادی ۴۳
۱ـ«چیستی حق»! ۴۴
۲ـنظر شهید مطهّری ۴۵

بخش دوّم: عدالت به مثابه قاعدهٔ فقهی و حقوقی

طرح مسئله ۵۱
فصل اوّل: کلیّات، تعاریف و عدالت در مناصب اجتماعی ۵۴
الف ـ قاعدهٔ فقهی ۵۴
ب ـ نقش قواعد فقه و ویژگی های آن ۵۴
ج ـ نظام حقوقی ۵۶
د ـعدالت و قسط ۶۰
هـ ـ تعریف فقهی عدالت ۶۱
۱ـتعاریف فقها ۶۱
۲ـتعریف محقق نراقی ۶۴
و ـعدالت در مناصب اجتماعی ۶۵
ز ـ فقها و عدالت در مناصب اجتماعی ۶۹
ح ـ فقهای شیعه، و عنصر عدالت ۷۱
۱ـرویکرد فعّال گرایانه ۷۴
۲ـرویکرد پرهیز، یا پارساگرایانه ۷۵
۳ـرویکرد مسالمت‌جویانه ۷۷
فصل دوّم: عدالت، انصاف و «قاعدهٔ عدل و انصاف» ۸۰
الف ـواژه «انصاف» ۸۰
ب ـتعریف «انصاف» ۸۱
ج ـدر معنای تنصیف ۸۲
د ـانصاف عُرفی (در غیرمعنای تنصیف) ۸۳
هـ ـتفاوت عدالت و انصاف ۸۸
و ـ«عدالت به مثابه انصاف» ۸۹

ز ـ انصاف و استحسان ۹۱
ح ـ قاعدهٔ «عدل و انصاف» ۹۴
فصل سوّم: انصاف و عدالت ترمیمی ۹۷
الف ـ تعریف ۹۷
ب ـ ریشه‌های مذهبی عدالت ترمیمی ۱۰۰
ج ـ عدالت ترمیمی در معارف اسلامی ۱۰۱
۱ـ همراهی حقوق و اخلاق ۱۰۱
۲ـ عفو و گذشت ۱۰۴
۳ـ در روایات ۱۰۶
۴ـ نگاه به مجرم ۱۰۷
۵ـ توبه، و ندامت ۱۰۸
۶ـ «احیاء» و بازپروری ۱۱۰
۷ـ مسئولیت اجتماعی ۱۱۱
فصل چهارم: عدالت به مثابه قاعدهٔ فقهی ۱۱۵
طرح بحث ۱۱۵
الف ـ اهمیّت عدالت به‌عنوان «قاعده» ۱۲۰
ب ـ ادلّه قاعدهٔ عدالت ۱۲۲
۱ـ «کتاب» ۱۲۲
۲ـ «سُنّت» ۱۲۶
۳ـ «اجماع» ۱۲۹
۴ـ «عقل» ۱۳۱
۵ـ «سیرهٔ عُقلا» ۱۳۲
۶ـ فتاوای فقها و نظرات حقوقدانان ۱۳۲
ج ـ محقق نائینی و عدالت ۱۶۱
د ـ مصادیق عدل در قلمرو زمان و مکان ۱۶۳
هـ ـ در فراق عدل و انصاف ۱۶۶

و ـ برخی مصادیق عدل در روزگار جهانی شدن ۱۶۹
۱ـ نگاه به «مقاصدالشّریعه» ۱۶۹
۲ـ معلّق و مشروط برخورد نکردن ۱۷۰
۳ـ شناخت موضوع ۱۷۰
۴ـ همگامی با عدالت ۱۷۱
۵ـ پاسخهای نو به پرسشهای نو ۱۷۱
ز ـ عدالت منضبط (عدل سامان‌مند) ۱۷۴

بخش سوّم: قاعدهٔ «لاضَرَر» و «لاضرار»

طرح مسئله ۱۸۱
فصل اوّل: کلیّات و مدارک قاعده ۱۸۵
الف ـ کلیات ۱۸۵
۱ـ پیشینه قاعدهٔ لاضرر ۱۸۵
۲ـ «لاضَرَر» و مسئله سوءاستفاده از حق ۱۸۷
۳ـ سوءاستفاده از حق و تقلّب نسبت به قانون ۱۸۷
۴ـ تفاوت قاعدهٔ لاضرر و سوءاستفاده از حق ۱۸۸
۵ـ معنی «ضرر و ضرار» ۱۹۰
ب ـ مدارک و ادلّه قاعده لاضرر ۱۹۲
۱ـ عقل ۱۹۲
۲ـ اجماع ۱۹۲
۳ـ کتاب ۱۹۲
۴ـ سنت ۱۹۴
فصل دوّم: مفاد فقهی و دلالت قاعده ۱۹۸
نظرات فقها ۱۹۸
۱ـ نفی حکم ضرری ۱۹۸
۲ـ نفی حکم، به لسان نفی موضوع ۱۹۹
۳ـ ضرر غیرمتدارک ۲۰۰

۴ـ «لا» به معنی نهی ۲۰۱

نظر حضرت امام خمینی (قدس سرّه) ۲۰۲

الف ـ لاء ناهیه، و نهی، نهی سلطانی و حکومتی ۲۰۲

ب ـ شئون مختلف رسالت پیامبر (ص) ۲۰۲

۱ـ شأن رسالت و نبوّت ۲۰۲

۲ـ شأن ولایت و ریاست عامّه ۲۰۲

۳ـ شأن قضا و فصل خصومت ۲۰۳

۴ـ روایاتی که با «قضی» و «امر» وارد شده است ۲۰۳

فصل سوّم: ایرادهای وارد بر قاعده، و «تنبیهات» ۲۰۵

ملاحظه ۲۰۵

۱ـ عدم شمول قاعده بر مورد خود ۲۰۶

۲ـ تخصیص اکثر ۲۰۷

۳ـ قاعده تنها نهی حکم می کند ۲۰۸

۴ـ ضرر شخصی؛ ضرر نوعی ۲۱۲

۵ـ ضرر و عدم النفع ۲۱۳

فصل چهارم: چگونگی تقدّم قاعده بر ادلّه احکام ۲۱۴

۱ـ حکومت ۲۱۶

۲ـ تفاوت «حکومت» و تخصیص ۲۱۷

۳ـ اضرار به غیر به منظور دفع ضرر ۲۲۰

۴ـ اکراه در قتل ۲۲۱

فصل پنجم: تعارض یا تزاحم دو ضرر ۲۲۳

۱ـ انتخاب «اخفّ الضررین» در شخص واحد ۲۲۳

۲ـ تعارض نسبت به دو شخص ۲۲۳

۳ـ تعارض قاعده لاضرر و قاعدهٔ تسلیط ۲۲۴

خاتمه ۲۲۹

۱ـ عدالت و قاعدهٔ لاضرر ۲۲۹

۲ـ تفاوت دو قاعدهٔ عدالت و لاضرر ۲۳۱

بخش چهارم: قاعدهٔ نفی عُسر و حرج

طرح مسئله ۲۳۵
۱ـ رمز و راز ماندگاری ۲۳۵
۲ـ بیماری «افراط و تفریط» ۲۳۷
۳ـ قاعدهٔ «نفی حَرَج» ۲۳۹
فصل اول: تعاریف، کلیّات و مستندات قاعده ۲۴۱
۱ـ واژه‌های عُسر و حرج ۲۴۱
۲ـ تکلیف مالایُطاق ۲۴۲
مستندات قاعده ۲۴۲
الف ـ قرآن ۲۴۲
ب ـ نگاهی به اخبار (سنّت) ۲۴۴
یک نکته اخلاقی ۲۴۵
ج ـ اجماع ۲۴۶
د ـ عَقلْ و بناء عُقلا ۲۴۷
فصل دوم: مُفاد و دلالت قاعده ۲۵۱
الف ـ حرج شخصی یا حرج نوعی ۲۵۴
ب ـ ضابطه اضطرار (حرج) ۲۵۴
ج ـ اضطرار در حقوق مدنی ۲۵۵
د ـ گسترهٔ قاعده «نفی عسر و حرج» در امور عدمی ۲۵۶
هـ ـ رُخصت و عزیمت ۲۵۷
فصل سوم: تعارض قاعدهٔ لاحَرَج با قواعد دیگر ۲۶۰
الف ـ تعارض با قاعدهٔ تسلیط ۲۶۲
ب ـ تعارض با قاعدهٔ لاضرر ۲۶۲
ج ـ تعارض دو حرج ۲۶۳
فصل چهارم: مصادیق یا موارد تطبیق قاعده ۲۶۷

اوّل ـ مصادیق قاعده در فقه ۲۶۷
الف ـ عُسر و حرج و اضطرار ۲۶۸
ب ـ ضرورت ۲۶۸
۱ـ توجه به مقدار و اندازه ۲۶۹
۲ـ محدودیت زمان ۲۶۹
۳ـ مصادیق ۲۷۰
دوّم ـ مصادیق قاعده در قوانین ۲۷۲
الف ـ طلاق بر اساس قاعدهٔ نفی حرج ۲۷۳
۱ـ نگاهی به پیشینهٔ تاریخی ۲۷۴
۲ـ توجه به «حوادث واقعه» و نیازهای زمان ۲۷۵
۳ـ حقوق تطبیقی و نظرات فقها ۲۷۵
۴ـ فقهای امامیّه ۲۷۶
نظر آیت‌الله سیدمحمدکاظم یزدی ۲۷۷
ب ـ در روابط استیجاری ۲۷۹
ج ـ در سایر موارد قانونی ۲۸۱
د ـ توضیحاتی برای شناخت بیشتر ۲۸۲
۱ـ حَرَج و عدم قدرت عقلی ۲۸۲
۲ـ ضرر و حَرَج ۲۸۳
۳ـ قاعدهٔ نفی حرج و مسئله «ضمان» ۲۸۳
کتاب‌نامه ۲۸۷

پیشگفتار

عدالت در تمام شئون حیات و هستی انسان، و شاید باید گفت: در گستره کلّیت آفرینش، چه در عرصه تکوین و چه در میدان تشریع، پایه، اساس، اصل، مبنا، میزان و «**قاعده**» است؛ و از همین ناحیه، این دفتر را «**عدالت به مثابه قاعده**» نامیدیم، و واژهٔ «فقهی و حقوقی» را که در پی عبارت یاد شده آمده بود، حذف کردیم، زیرا که «عدالت» نه تنها در دانش فقه و حقوق، که در همه عرصه‌ها و صحنه‌ها و علوم و معارف بشری یا دینی و الهی «قاعده» و «اصل الاصول» است. همان‌سان که پیام‌آور عدل و عقل و آزادی فرمود: «**بالعدل قامت السموات...**» و «**الملک یبقی مع الکفر، و لایبقی مَعَ الظُلم**»! سخن زیر هم از «فردریک داگلاس» یکی از فلاسفه غربی، زیبا و حکیمانه است. می گوید:

«در کشمکش برای عدالت، تنها پاداش، فرصتی جهت حضور، در این میدان است.»

و زیباتر و رساتر و درخشنده‌تر از گفته «داگلاس» کلام پرطنین «محمدبن عبدالله حمیری»، شاعر شیعی است. می گوید:

«وَلا، وَاللهِ لاتزکوا صَلاةٌ   بغیر وَلایة العدلِ الامام» ی

«سوگند به خدا، جز در حکومت عدل و رهبری پیشوا و «امام» عادل، نماز هم، نماز زلال و مصفایی نیست»!... و «حمیری» هم از تبار شاعران عدالت‌خواهی است، که «یک عمر، دارِ مرگ خویش را، بر پشت و بازوی خود حمل می‌کرد»!؟

***

... اما این دفتر، فراهم‌آمده از یادداشتهایی است، که همراه با برخی کتب و منابع، در درس «**قواعد فقه**»، در اختیار دانشجویان عزیز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه

تهران، قرار می‌گرفت. در آغاز، تنها تدوین و تنظیم یادداشتهای مربوط به «**قاعده عدالت**» موردنظر بود؛ قاعده‌ای که به گفته شهید مطهری، مظلوم افتاده است: (در فقه به هر مناسبتی، قاعده‌ای شکل گرفته، اما در مورد «عدالت»، غفلت یا غفلت‌هایی (!) چهره بسته است) اما نظر به مناسبتهای مختلف، یادداشتهای مربوط به قاعدهٔ «عدل و انصاف» و قاعده «لاضرر» و «لاحَرَج» نیز تنظیم و همراه با قاعدهٔ عزیز عدالت، به چاپ سپرده شد. گفتیم نظر به «مناسبتها»، چرا که قواعدی چون: «**عدالت**»، «**عدل و انصاف**»، «**لاضرر**» و «**نفی عسر و حرج**»، در حقیقت قواعدی مبتنی بر اخلاق و معنویت بوده، و در عین حال، مانع و رادع ظلم و ستم، عهده‌دار «روز آمد» کردن احکام، و مایه و پایه همراه کردن آموزه‌های دین با تحولات عصر، و ضروریات زندگی جدید و **عقل زمانه**اند. این قواعد به نوعی ضامن جاودانگی احکام دینی و فقهی، و در نهایت ابزار و بستر «سرمدیّت»، و مقوله بسیار عظیم و دوران‌ساز «خاتمیت» نبوّت محمدی (ص)اند.

دفتری که پیش روی داریم، از چهار بخش عمده، و در هر بخش از فصول چندی شکل یافته است.

در بخش نخست واژه عدالت تعریف و مفاهیم عدالت، تطور مفهوم در زمانها و مکانهای مختلف، عدالت در سنت هابزی، عدالت در سنت کانتی، در سوسیالیسم، و در اندیشه فلاسفه قرن بیستم، در اندیشه فلاسفه اسلامی، چیستی حق، و تفسیرها و رویکردهای مختلف حتی در یک مذهب، مورد بحث قرار می‌گیرد. این بخش، تعریف، مفهوم و ماهیت عدالت را در مکتب‌ها و منظرهای مختلف مورد بررسی قرار می‌دهد.

در بخش دوم، اساس بحث، همان «**عدالت به مثابه قاعده فقهی**» است، اما قبل از پرداختن به اصل مطلب، در فصل نخست، تعریف قاعده فقهی، نقش قواعد فقه در حقوق اسلامی، تفاوت عدالت و قسط، تعریف فقهی عدالت، عدالت در مناصب اجتماعی، رویکردهای مختلف فقهای امامیه به عدالت فقهی، و همکاری یا عدم همکاری با قدرتها و «سلاطین جور»، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

آنگاه در فصل دوم همین بخش، عدالت، انصاف، و همچنین قاعده «عدل و انصاف» را پی می‌گیریم. در این فصل، تفاوت عدالت و انصاف، انصاف عرفی، انصاف در معنای «تصنیف»، «عدالت به مثابه انصاف»، انصاف و استحسان، انصاف در معنای «Equity»[1] و...

1. Equity (انصاف)

به‌بحث گذاشته می‌شود.

فصل سوم این بخش عهده‌دار یک هم‌سنجی و نگرش «تطبیقی»[1]، به مقوله انصاف و «عدالت ترمیمی»[2] است. عدالت ترمیمی بینش یا نگاه نوی به «عدالت» است که بیشتر در امور کیفری کاربرد می‌یابد. هدف اصلی در این فصل بررسی دیدگاه حقوق اسلامی، به مقوله «عدالت ترمیمی» است. در این فصل از ریشه‌های مذهبی عدالت ترمیمی، همگامی و همراهی «حقوق و اخلاق»، عفو و گذشت، از چگونگی نگاه به «مجرم»، از «توبه و ندامت»، از احیاء و بازپروری و به اصطلاح «بازپذیری» مجرم، و از گستره «مسئولیت جمعی» و اجتماعی، در عرصه‌های اجتماع محلی، شهری، کشوری و جهانی سخن می‌رود.

فصل چهارم بخش دوّم: از «**عدالت به مثابه قاعده فقهی**» بحث می‌کند. فصلی که صفحات بیشتری را به خود اختصاص داده، و فصول قبل در واقع نوعی بسترسازی و ایجاد زمینه برای طرح و بررسی عدالت، به عنوان «قاعده فقهی» و حقوقی است.

در این فصل از دلایل و مدارک «قاعده»، در کتاب، سنت، اجماع، عقل، سیره عقلا و خصوصاً شیمه و شیوه فقها، و رویّه آنها در استناد به عدالت به مثابه «قاعده»، در امر استنباط و استخراج حکم، بحث و گفتگو می‌شود.

استقراء در میان فتاوای فقهای نامدار، و بررسی کتابهای فقه استدلالی، نشان می‌دهد که فقیهان بزرگی از علمای شیعه، در عرصه‌های مختلفی به قاعدهٔ عدالت، زیر عناوینی چون «انصاف»، عدل، عقل، قبح ظلم، «عدل و انصاف»، «مذاق شریعت»، «مقاصد الشریعه»، دفع ضرر و امثال و نظایر اینها استناد کرده‌اند. هرچند «استقراء» ناقص انجام گرفته، اما همین مقدار از فحص و جستجو، نشان می‌دهد که به مرور ایّام، و در میدانهای نیاز و ضرورت، توجّه دانشمندان، خصوصاً فقهای امامیّه، به سوی عدل و قاعدهٔ «عدالت و انصاف» جلب شده است. در ادامه، از مصادیق عدل در قلمرو زمان و مکان، و چگونگی «انضباط» و سامان‌یابی قاعده عدالت، سخن رفته است.

بخش سوّم رساله، از قاعدهٔ «لاضرر و لاضرار» گفتگو می‌کند، و نهایتاً در بخش چهارم، به بررسی قاعدهٔ «نفی عسر و حرج» پرداخته‌ایم.

امید است، اساتید و دانشمندان عزیز و صاحب‌نظر، با راهنمایی‌ها، و اعلام موارد خبط و خطا، چون همیشه، بر این دانشجو منّت نهند و با نظرات ثمربخش و سازنده خود، قرین

---

1. Comparalive (Law)

2. Restorative (justice)

افتخار و امتنانم فرمایند.

در پایان، از مدیریّت ارجمند مؤسسه اطلاعات، و کارکنان عزیز «انتشارات» آن مؤسسه، که بی‌تلاش و زحمات آنها، این دفتر، سامانی نمی‌گرفت، کمال سپاس و امتنان دارم.

دانشگاه تهران ـ دانشکده حقوق و علوم سیاسی

سیدمحمد اصغری

بخش نخست

تعاریف، کلیات و مفاهیم عدالت

«فَانَّ فی‌العدلِ سَعَةٌ، فَمَنْ ضاقَ علیهِ العَدلُ، فالجورُ عَلَیه اَضیَق»

نهج‌البلاغه ـ علی علیه‌السلام

طرح مسئله

برخی حقوق (فقه) را علم عدالت شمرده‌اند. قطعاً بهزیستی در سطح فردی و جمعی متضمن مفهومی از عدالت بوده است. این مسئله از دیرباز مهم‌ترین دغدغه بشر، و همچنین ادیان الهی بوده و تحقق «قسط و عدل» یکی از اساسی‌ترین اهداف شرایع و رسولان الهی شمرده شده است؛ تا آنجا که پیامبر اکرم (ص) «عدل» را بنیان دین و «پایه و ریشه» احکام و قوانین معرفی فرمود. این جمله هم در عین کوتاهی، مقصود را به زیبایی تمام ترسیم می‌کند: «الملک یبقی مع‌الکفر، ولا یبقی مع الظلم»![1]

بدین طریق، مفهوم عدالت، همواره اساسی‌ترین مفهوم در فلسفه اخلاق، دین، سیاست، حقوق و اجتماع بوده است؛ صحت و درستی اعمال، شیوه زندگی فردی و اجتماعی، درستی رفتار کارگزاران حکومت، حقوق و تکالیف افراد نسبت به هم و مناسبات فرد و دولت و ماهیت سیاستهای اقتصادی و فرهنگی و اجتماعی دولتها، همه و همه در ظل و ذیل مفهوم «عدالت» قرار می‌گیرند. همچنین بهره‌برداری از «قدرت»، «ثروت»، «اطلاعات» و نحوه توزیع آنها و ایجاد تعادل میان خواستها و غایات خصوصی و عمومی، بخشی از مباحث عدالت به‌شمار می‌روند.

بحث از عدالت، با مقولاتی مانند: اخلاق، مساوات، قانون، آزادی، انصاف نیز

---

۱. گفت که الملک لا یدوم مع‌الظلم — آنکه خدایش بسی ستوده ز هر در
ملک درختی است ریشه او عدل — ریشه قوی دار کز درخت خوری بر
(ملک‌الشعراء بهار)

درمی‌آمیزد؛ لذا عدالت فضیلت پایه‌ای برای سایر اصول و ارزش‌های والا و برتر است. ممکن است به آزادی و حدود آن و یا برابری میان انسانها خدشه کرد، اما مفهوم «عدالت» در طول تاریخ بشر عزیزترین و برترین «ارزش»، برای همه مکاتب فکری و فلسفی و برای همه آدمیان بوده است.

«اخلاق» نیز به تعبیری مبتنی بر عدالت است، و در فلسفه سیاست و حقوق هم، هدف نهایی، رعایت اصول و موازین «عادلانه» است. (**لیقوم الناس بالقسط**). اگر مفهوم عدالت را از بعثت رسولان الهی برگیریم، فلسفه دین و «ارسال رسل»، بی‌معنا و بی‌وجه به نظر می‌رسد، هرچند «تعقل» و «عدالت» و «احسان»، همان‌گونه که دیدیم سابق بر «دین» و از اصول پیشینی است و پیامبران هم مأموریت و مسئولیت خود را «اجرای عدل» می‌دانند، نه «مبیّن» و «موجد» آن (**امرت لاعدل بینکم**) احکام و مقررات ناظر به «مستقلات عقلیه» را، به همین دلیل «احکام ارشادی» می‌نامند، احکامی که مؤید حکم «عقل» و تنها مرشد به آن است؛ و گفتیم که اگر «عقل و عدل» مسبوق بر «دین» و «وحی» و «نقل» نباشد، نه تنها عدالت خداوند، که اساس اثبات توحید و دین و نبوت هم دچار اختلال خواهد شد، و این همه «جهان‌شمول» بودن مفهوم عدالت را ترسیم می‌کند؛ پری‌رویی که همه آدمیان به آن عشق می‌ورزند و در طلب دیدار با او و تحقق آن هستند، هرچند نتوانند آن «پرده‌نشین» را بخوبی توصیف کنند. مفهومی که به اصطلاح، «یدرک و لا یوصف» است. (ندانم چه‌ای هر چه هستی تویی)! و به همین دلیل، مفهوم «عدالت» به گفته استاد مطهری «مطلق» است، اما مصادیق گوناگون و تعاریف سیال و متحولی دارد، که در هر «زمان» و یا «مکانی» با تحول فکرها و فرهنگها، تطور پیدا می‌کند، و شاید رمز و راز اینکه عدالت در قرآن تعریف محدود و مشخصی ندارد همین است؛ و چون مصادیق عدالت همواره در دگرگونی است، و از سوی دیگر «عدالت» هم مانند عقل، «معیار و میزان» شمرده شده است (**العدل میزان الاحکام**)، لذا «عدالت» کلید تحول و به تعبیر درست‌تر مبنای اصلاح و تغییر، و نیز رمز انعطاف احکام و انطباق‌پذیری قوانین با مقتضیات زمان و مکان است.

به هر حال، در این بخش از رساله، عدالت که یکی از عمده‌ترین مبانی تحول و نیز یکی از اساسی‌ترین اهداف، در فقه و حقوق اسلامی است، با توجه به فرصت محدود، مورد بررسی قرار می‌گیرد و این بخش در بردارندهٔ دو فصل شامل موارد زیر است:

در فصل اول: تعاریف و تطور تاریخی مفهوم «عدالت» را مطالعه می‌کنیم؛

در فصل دوم: مفاهیم عدالت از دیدگاه اندیشمندان اسلامی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

فصل اوّل

تعاریف، و تطوّر مفهوم عدالت

الف ـ واژه عدالت

عدالت، ضد ظلم، و دادگری مترادف فارسی آن است. عدل به معنای راستی، درستی، دادگری، داد، همتا، لنگه، میانه‌روی و مساوات آمده است. ابن منظور، «اعتدال» را حدّ وسط در میان دو وضعیت یا حالت در اندازه و چگونگی می‌داند، و آنچه مایه اعتدال در نفس انسانی می‌شود، عدالت است.[1] همین نویسنده، ظلم را تجاوز از حد، و گذاشتن چیزی در «غیر ماوضع له» و در محل نامناسب معنا می‌کند.

ب ـ تعاریف عدالت

از عدالت تعریفهای گونه‌گونی کرده‌اند. افلاطون در تعریف خود می‌گوید: «عدالت آن است که هرکس آنچه را که حق اوست به دست آورد، و حرفه‌ای در پیش گیرد که استعداد و شایستگی آن را دارد.»[2] پرداختن به کار خود و پرهیز از دخالت در کار دیگران عین عدالت است.[3]

هریک از قوای سه‌گانه (عقل و خشم و شهوت)، باید در جای خود قرار گیرند و عقل باید بر قوای دیگر حاکم باشد؛ به همین سان حکومت نیز شایسته فرزانگان و حکیمان است و عدالت آن است که دو طبقه دیگر (نظامیان و توده مردم) از حکیمان فرمان برند.

---

۱. ابن منظور، محمد، **لسان العرب**، تعلیقه، علی شیرازی، ج ۹، ص ۸۳، داراحیاء تراث العربی، بیروت ۱۴۰۸ ق.
۲. کاپلستون، **تاریخ فلسفه**، ج ۱، ص ۳۹، انتشارات سروش، ترجمه جلال‌الدین اعلم، ۱۳۷۵ش.
۳. افلاطون، **جمهور**، ترجمه فؤاد روحانی، ص ۲۳۶، شرکت انتشارات علمی، ۱۳۶۸ ش.

ارسطو عدالت را همان اعتدال و میانه‌روی می‌شمرد و می‌گوید: «... بهترین گونه زندگی آن است که بر پایه میانه‌روی و اعتدال باشد...» رعایت حد وسط (در بین افراط و تفریط) عدالت است.[1] در دیدگاه ارسطو، عدالت مادر سایر فضیلت‌هاست، و فضیلت هر چیز در حد وسط است.

متفکران رومی که عقل سلیم و قانون طبیعی (حقوق فطری) را مبنای حقوق می‌دانستند، عدالت را همان «قانون طبیعی و تحقق آن» تعریف می‌کنند. سیسرون می‌گوید:

«عدالت عبارت است از قانون طبیعی، و قانون طبیعی همه‌جا یکسان، تغییرناپذیر ابدی و برای همگان و همهٔ دولتها الزام‌آور است. همه قوانین برای آنکه عادلانه باشند، باید با قانون طبیعی هماهنگ باشند. عقل سلیم انسان، معیار هماهنگی قوانین با قانون طبیعی است، قانون طبیعی را خداوند مقرر کرده است.»[2]

در نگاه فلسفه رواقیان چون افراد بشر همه از عقل بهره‌ورند، به یک میزان از قانون طبیعی اطلاع دارند. قانون طبیعی مظهری از عقل جهانی است. بر این اساس در روم «مفهوم قانونِ شاملِ حال همگان» پدیدار شد و در تعریف عدالت مفهوم **«نفع مشترک»** هم لحاظَ گردید.[3]

در قرون وسطی، متألهان مسیحی، عدالت را در متن الهیات مسیحی مطرح می‌کنند و مباحث عدالت از اندیشه‌های سیاسی فاصله می‌گیرند و به علم کلام در مسیحیت نزدیک می‌شوند. در این برهه تاریخی که زمان درازی را به خود اختصاص می‌دهد، سخن بیشتر از عدالت تکوینی است و در حقیقت «کار قیصر را به قیصر» وا می‌گذارد.

سنت آگوستین (۴۳۰ـ ۳۵۸ م)، عدالت را انطباق با نظم الهی تعریف می‌کند. توماس آکوئیناس هم (۱۲۷۴ـ ۱۲۲۵م)، قانون بشری را، لزوماً انعکاسی از قانون الهی می‌شمارد و معتقد است که قوانین بشری باید انعکاسی از قوانین الهی باشد. بر همین اساس می‌توان گفت، عدالت در نظر آکوئیناس امری بشری نیست، بلکه امری از امور الهی است.

عدالت و تعاریف آن در اندیشه‌های سیاسی جدید غرب، روال و روند دیگری می‌یابد. به تعریف زیر توجه کنیم:

«فایده همگانی یگانه منشأ عدل است و تأمل دربارهٔ نتایج سودمند این فضیلت یگانه

---

۱. راسل، برتراند، **تاریخ فلسفه غرب**، ج ۱، ص ۳۳۴، نشر پرواز، ۱۳۶۵ ش.
۲. عالم، عبدالرحمن، **تاریخ فلسفه سیاسی غرب**، ج ۱، ص ۳۱، دفتر مطالعات سیاسی، ۱۳۷۷ ش
۳. بشیریّه، حسین، **دولت عقل**، ص ۲۸، مؤسسه نشر علوم ۱۳۷۴.

شالودهٔ ارجمندی آن است.[۱]

هابز در تعریف عدالت می‌گوید:

«عدالت دقیقاً عبارت از وفای به عهد و پیمان است، در صورتی که دیگران هم به قول و قرار خود وفا کرده باشند.»[۲]

در نظر **کانت**: عدالت هر عملی است که بنیادش بر این باشد که آزادی هرکس با آزادی همه کسان سازگار گردد، حکم کلی در این باب این است که: «چنان عمل کن که آزادی تو بر طبق یک قاعده کلی، با آزادی همه مردم سازگار باشد.»[۳]

در واقع کانت مجموعه شرایطی را عادلانه می‌داند که در آن ارادهٔ فرد، بر طبق قانون عام آزادی، با ارادهٔ دیگران جمع شود.

در منظر «**مارکس**» اما، عدالت و تعریف آن چرخشی تمام می‌یابد. او با نگاهی اقتصادی و معیشتی در مورد عدالت می‌گوید: «جامعه می‌تواند بر درفش خود بنویسد: از هرکس به قدر توانایی و به هرکس به اندازه نیاز.»[۴]

در نگاه اندیشمندان قرن بیستم از جمله «**راولز**» بار دیگر تحولی در توصیف عدالت رخ می‌دهد. راولز در تعریف عدالت می‌نویسد:

«عدالت در اصل عبارت است از حذف امتیازات بی‌وجه و ایجاد تعادلی واقعی در میان خواسته‌های متعارض انسانها، در ساختار یک نهاد اجتماعی.»[۵]

در نگاه حکمای اسلامی، تعاریف عدالت، بیشتر شبیه به تعریفهایی است که طرفداران حقوق فطری ارائه کرده‌اند، مثلاً در نگاه فارابی عدالت: قرار دادن امور در جایگاه حقیقی خود، رعایت استحقاق و اهلیت و وسطیت و تساوی حقیقی است.[۶]

بررسی همهٔ تعاریف در گنجایش این رساله نیست، برای رعایت اختصار، به تعریفهایی که استاد مطهری در جمع نظرات ارائه داده‌اند، و نشان‌دهنده نوع تعاریف از عدالت در بین

---

۱. کاپلستون، همان، ج ۱، ص ۳۴۶.

۲. ریچارد تاک، **هابز**، ترجمه حسین بشیریّه، ص ۱۰۴، طرح نو، ۱۳۷۶ شمسی.

۳. فروغی، محمدعلی، **سیر حکمت در اروپا**، ص ۱۶۹، انتشارات زوار، چاپ دوّم، ۱۳۶۷.

۴. آندره پی‌تر، **مارکس و مارکسیسم**، ص ۹۷، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۶۰ ش.

۵. ملکیان، مصطفی، مجلّه نقد و نظر، ص ۸۲، سال سوم، شماره دوم و سوّم، تابستان ۱۳۷۶.

۶. در این مورد به: «مقام سیاست نزد فارابی و اهمیت تفکر سیاسی او در عصر حاضر، تأملات سیاسی در تاریخ تفکر اسلامی (مجموعه مقالات) رضا داوری اردکانی به اهتمام موسی نجفی، تهران، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ج ۱، ۱۳۷۴ مراجعه فرمائید.

فلاسفه اسلامی است، توجه می‌کنیم. ایشان به چهار معنا، مستفاد از واژه «عدالت» اشاره می‌کنند:

۱ـ **موزون بودن**: منظور از «موزون بودن»، **رعایت تناسب میان اجزای** یک مجموعه هدفمند است (اندام‌وارگی). این تناسب و توازن در بین اجزاء و اَبعاض موجب تعادل و پایداری مجموعه می‌شود. رعایت این تناسب همان عدالت است. نقطه مقابل این معنی بی‌تناسبی است و نه ظلم.

۲ـ **رفع تبعیض (مساوات)**: غرض این است که مساوات در استحقاقها رعایت گردد و تبعیض، تفاوت قائل شدن بین استحقاقهای همانند و مساوی است. به عبارت دیگر عدالت: رعایت مساوات در شرایط مساوی و یکسان است. (تساوی در قانون).

۳ـ **رعایت حقوق**: منظور «عادلانه» بودن قوانین است، و ظلم نادیده گرفتن حقوق و تجاوز به «حق» دیگران است. رعایت حقوق و اولویتها، همان عدالت است. کودکی که از مادر متولد می‌شود، نسبت به شیر مادر حق و اولویت دارد، و یا محصول کار و تلاش هرکس متعلق به خود اوست.[1]

۴ـ **رعایت استحقاقها**: این تعریف به «عدالت تکوینی» مربوط است. در نظام هستی، موجودات، از نظر قابلیت‌ها و امکان فیض‌گیری از مبدأ هستی، قابلیت و استحقاق ویژه خود را دارند. در این معنا، ظلم، یعنی منع فیض‌گیری از مبدأ هستی با یکدیگر تفاوت دارند. هر موجود، قابلیت و استحقاق ویژه خود را دارد. در این معنا، ظلم یعنی منع فیض و امکان جود، از وجودی که استحقاق دارد. (... **فسالت اودیة بقدرها**. رعد/۱۳)

به هر حال در تعریف عدالت، در گرایشهای مختلف اندیشه سیاسی اسلام (فلسفه سیاسی، فقه سیاسی و ...) تعابیر گوناگونی دیده می‌شود، از جمله:

ـ دادن حق هر کس به او (**اعطاء کل ذی حق حقه**).
ـ قرار دادن هر چیزی در جایگاه خود (**وضع الشیء فی موضعه**).
ـ تعادل و میانه‌روی
ـ تناسب جرم با مجازات
ـ مصلحت عمومی[2]

۱. شهید مطهری، مرتضی، **عدل الهی**، ص ۵۶ به بعد، انتشارات صدرا، چاپ ۱۸، فروردین ۱۳۸۲.

۲. ابن خلدون، عبدالرحمن، **مقدمه**، ج ۱ ص ۷۱ و ۷۲، محمدپروین گنابادی، انتشارات علمی ـ فرهنگی ۱۳۶۶ ش.

- تقسیم مساوی خیرات مشترک عمومی[۱]
- استقامت در طریق شریعت
- عقد قرارداد اجتماعی برای تقسیم کار در حیات مدنی[۲]

ج ـ دگرگونی مفهوم عدالت

دقت در تعریفهایی که دیدیم، نشان می‌دهد که از دوران یونان باستان، تا عصر حاضر، مفهوم عدالت، خصوصاً در غرب، تحولاتی را پشت سر گذاشته، و روند این دگرگونی به‌صورتی بوده است که در آغاز عدالت بیشتر مفهوم یا مفاهیم «انتزاعی» داشته و به مرور ایام به مفهوم انسانی، اجتماعی، زمینی و قراردادی نزدیک شده است. ملاحظات زیر روند تغییر مفهوم عدالت را نشان می‌دهد:

۱ـ در تعاریف قبل از دوران «مدرنیته»، عدالت همان پری‌روی پرده‌نشین است که تنها «فرزانگان» آن را کشف می‌کنند. مثال عدالت، مانند سایر «مُثُل» افلاطونی «حاوی حقیقت دربسته و غیرقابل گفتگویی است... مِثالِ از پیش داده شده‌ای است... که با عرصهٔ عمومی جامعه ربطی پیدا نمی‌کند» و از سوی دیگر: عدالت در مفهوم «تعادل» نظریه‌ای فعال و دخالت‌گر نیست، بلکه وضع موجود طبیعی را بیان می‌کند. مدینه فاضله افلاطون در واقع، «اتوپیا» نیست، بلکه هرچیز را در جایگاه خود گذاشتن است.[۳]

۲ـ در دیدگاههای معطوف به عصر تجدد و «مدرنیته»، تعریف عدالت، ابعاد همگانی، بشری، زمینی، توافقی و جمعی می‌یابد و مفهوم عدل و داد چیزی می‌شود که از «بستر عرصه عمومی» و «**عقل جمعی**» می‌گذرد و به همین دلیل ماهیت از پیش تعیین شده‌ای ندارد، که برای همیشه تعریف یکسان و جامع و مانعی داشته باشد، یا به گونه‌ای تصور شود که آینه‌ای برای «وضع موجود» باشد و هرچیز را همان‌گونه که هست در «جای خود» قرار دهد. در این مورد تنها به دو تعریف از عدالت توجه بیشتری می‌کنیم که تحت عنوان «**سنت هابزی**» و «**سنت کانتی**» در بین اندیشمندان، بیش از همه رواج و تأثیر داشته است.

عدالت در سنت «هابزی»

تامس هابز، انسان را موجودی شریر، خودخواه و منفعت‌طلب می‌داند، و چون هرکس

---

۱. طوسی، نصیرالدین، **اخلاق ناصری**، مجتبی مینوی، ص ۳۰۱، خوارزمی، چاپ پنجم ۱۳۷۳ ش.
۲. ابن‌سینا، حسین، **اشارات**، ص ۶۱، دفتر نشر کتاب، ۱۳۶۲ ش.
۳. بشیریّه، همان، ص ۱۳۹.

در اندیشه منافع خود است، نزاع و کشمکش قابل پیش‌بینی است. چرا که منابع کمیاب است و هرکسی تنها به منفعت خود می‌اندیشد و لذا درگیری و نزاع و جنگ بین کسب منافع درمی‌گیرد. پس همگان خواهان داور یگانه‌ای هستند که در مواقع خطر و منازعه نظر او را بپذیرند.[۱]

هابز با توجه به شعار «آنچه بر خود نمی‌پسندی به دیگران روا مدار» که از غریزه میل به بقاء سرچشمه گرفته، مسئله توافق و قرارداد را مطرح می‌کند و بر این باور است که هرکس با عمل به وعده و قرارش، به صیانت نفس می‌پردازد و در عین حال برای دیگران نیز خطر محسوب نمی‌شود. در واقع عدالت در رابطه قراردادی افراد معنی می‌شود و اجرای توافق و وفاداری به عهد و پیمان معنی عدالت را شکل می‌دهد.[۲]

در حقیقت، در این دیدگاه عدالت جنبهٔ حفظ منافع و مصالح پیدا می‌کند و نه بعد اخلاقی. آدمی به خاطر «مصلحت» و منافع خود و به حکم عقل و احتیاط و ترس از مرگ زودرس، در جستجوی صلح، و قرارداد برمی‌آید.

عدالت در سنت «کانتی»

عمده‌ترین دیدگاهی که در برابر دیدگاه هابز در قرن هفدهم و هجدهم، چه در فلسفه اخلاق و حقوق، و چه در فلسفه سیاست مطرح شد، دیدگاه فیلسوفانی چون اسپینوزا، ژان ژاک روسو و ایمانوئل کانت بود. کانت معتقد بود: از طریق «**میل و منفعت و قرارداد**» نمی‌توان به مفهوم «عدالت» راه برد. مفاهیمی چون آزادی و عدالت و فضیلت از کنش عقلانی استنتاج می‌شود. هرچه عقل طلب کند از همه موجودات عقلانی طلب می‌شود.[۳] از این رو عدالت به عنوان عمل عقلانی، براساس امیال طبیعی و شخصی افراد قابل تأمین نیست، بلکه عمل براساس اصلی است که آدمی می‌تواند آن را به‌عنوان قانونی جهان‌شمول، اراده و طلب کند و در ملأ عقل عمومی مطرح کند.[۴]

در دیدگاه کانت، عدالت با منفعت سازگار نیست. چرا که فرمان اخلاقی (که عدالت هم از همین دست است) به هیچ چیز مشروط نیست؛ از جمله منفعت قواعد اخلاقی در شکل

---

۱. ریچارد تاک، همان، ص ۱۰۱.

۲. عالم، عبدالرحمان، همان، ص ۲۴۴.

۳ و ۴. مفهوم بالا به اصطلاح، «تطابق آرای عقلاء بماهم عقلاء» که در تعابیر محقق اصفهانی (**نهایةالدرایه**)، و استاد محمدرضا مظفر (**اصول الفقه**)، و مرحوم علامهٔ طباطبائی (**حاشیةالکفایه**) به کار رفته خیلی نزدیک است.

اصول عقلانی عام ظاهر می‌شوند. در حالی که میل و لذت و منفعت. به لحاظ عقلانی عمومی نیست و چنین است که کانت می‌گوید: «براساس اصلی عملی کنید که بخواهید آن اصل به قانونی عام و جهان شمول تبدیل گردد.»[۱]

عدالت و سوسیالیسم

نهضت سوسیالیسم، در واقع نوعی واکنش به بی‌عدالتی‌های(!) اخلاق و اندیشه سرمایه‌داری و فقر و تبعیض پدید آمد؛ هرچند در عمل و تحقق بخشیدن به «عدالت اجتماعی» بنا به دلایلی، شکست خورد، اما نگاهی به دیدگاه سوسیالیستی عدالت، به لحاظ تاریخی خالی از فایده نخواهد بود.

هدف سوسیالیست‌ها در مجموع، حذف مالکیت خصوصی و جایگزینی مالکیت عمومی است. سیسموندی می‌گوید: «تعادل الزاماً و به خودی خود، بین تولید و نیازمندی‌ها به‌وجود نمی‌آید. مالکیت یک نوع بهره‌برداری و استعمار انسان توسط انسان است.[۲]

جامعه کمونیستی در نگاه مارکس جامعه‌ای است بی‌طبقه؛ جوامع بشری با گذر از مرحله انتقالی سوسیالیسم، به دنیای کمونیسم وارد می‌شوند. در مرحله کمونیسم «دولت» و مالکیت خصوصی محو و معدوم می‌گردد. «پس استقرار جامعه اشتراکی، بدون الغای تقسیم کار و بدون کار جمعی امکان‌پذیر نیست.»[۳]

شعار معروف: «**از هرکس به قدر توانایی، و به هرکس به قدر نیاز**»، نشان می‌دهد که در این مکتب، عدالت نه در مبادله، بلکه عدالت «توزیعی» است و آنچه هست، اعتبار و اصالت «جامعه» در برابر فرد است. برقراری عدالت با محو «**از خود بیگانگی**» طبقه کارگر حاصل می‌شود.

«از خود بیگانگی» در واقع همان استثمار طبقاتی است. نظام سرمایه‌داری حاصل کار طبقات کارگر را به سود سرمایه‌داران استثمار می‌کند و این ظلم است. دستیابی به عدالت تنها در صورتی ممکن است که مالکیت خصوصی معدوم گردد. وضع **تاریخی ـ طبیعی** ناعادلانه است و عدالت تنها با مداخله انسان برقرار خواهد شد.[۴]

---

۱. «یا بنی اجعل نفسک میزاناً فیما بینک و بین غیرک»! (نهج‌البلاغه).
۲. قدیری اصلی، باقر، **سیر اندیشه اقتصادی**، ص ۱۱۴ و ۱۳۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۴ ش.
۳. آندره پی‌تر، همان، ص ۹۶ و ۹۷.
۴. همان.

عدالت در اندیشه فلاسفه قرن بیستم

در قرن بیستم، کاوش در «فلسفه» یا «فلسفه‌های» عدالت همچنان ادامه می‌یابد، و عمده‌ترین مسئله این است که در مقام ایجاد عدالت چگونه و با چه روشی باید عمل کرد؟ سنت هابزی، و سنت کانتی عدالت چون گذشته استمرار می‌یابد و هریک از فیلسوفان سیاست به یکی از دو سنت تمایل نشان می‌دهند. پس از مارکس هم سنتهای مربوط به عدالت بیشتر جنبهٔ عمل گرایانه می‌یابند و به اصطلاح از حوزه فلسفه به عرصه عمل و «**پراکسیس**» وارد می‌شوند، و اندیشمندانی مانند «**راولز**»، «**نوزیک**» و «فردریش هایک» و دیگران در این عرصه نظریاتی را در دل همان دو روش (هابزی و کانتی) ارائه می‌نمایند.

اول: جان راولز[1]

راولز، عدالت را به مثابه **انصاف**[2] (یا بی‌طرفی) مورد بررسی قرار می‌دهد. او نظریه قرارداد را می‌پذیرد و با مفاهیمی مانند «وضع اولیه»، «پرده نادانی»، «انصاف و عدالت» به این موضوع توجه می‌کند که عدالت **خصلت نهادها** و نظامهای اجتماعی است که در آن عدالت گزینش می‌شود، اصولی که ساخته انسانهاست، و باید راهی برای نیل به اصول عدالت یافت.[3] او ابتدا به بیان «**وضع نخستین**» به عنوان وضعی فرضی و ایده‌آل می‌پردازد.

در دیدگاه راولز، عدالت چیزی است که **اشخاص آزاد** و برابر در مورد آن توافق می‌کنند؛ «عدالت در اصل عبارت است از حذف امتیازات بی‌وجه و ایجاد تعادلی واقعی در میان خواسته‌های متعارض انسانها، در ساختار یک نهاد اجتماعی.»[4]

راولز، در برابر فیلسوفانی چون «هیوم» که معتقدند قواعد عدالت از احساس منافع مشترک سرچشمه می‌گیرد، و عدالت حاصل همکاری برای منافع متقابل در حالت کمبود منابع و نزاع به منظور تصرف آنهاست، می‌گوید: عدالت، **فضیلت بی‌طرفی** است، و بر همین مبنا: «هیچ‌کس جایگاه خود در اجتماع، وضعیت طبقاتی یا مقام و موقعیت اجتماعی خویش را نمی‌شناسد... و نمی‌داند سهم او از نعمت‌ها چقدر است... طرفهای قرارداد نمی‌دانند مفهومی

---

۱. در بین نظریه‌های مربوط به فلسفه عدالت، نظریه راولز از اهمیت و شهرت بسیاری برخوردار است. او در سال ۱۹۲۱ متولد شد (در این خصوص به: حسین توسلی، «مبانی عدالت در نظریه جان راولز»، نقد و نظر، سال سوم شماره ۲ و ۳، بهار و تابستان ۱۳۷۶، ص ۱۲۹ و بعد مراجعه فرمائید.)

2. Justiceas Fairness

۳. بشیریّه، حسین، **تاریخ اندیشه‌های سیاسی قرن بیستم**، ص ۱۱۷ و بعد، تهران، نشر نی، ۱۳۷۸ ش.

۴. ملکیان، مصطفی، عدالت، انصاف و تصمیم‌گیری عقلانی، نقد و نظر، ص ۸۲ سال سوّم ۱۳۷۶.

که از خیر دارند چیست و میل و رغبت روان‌شناختی آنها کدام است.»[1]

یکی از صاحب‌نظران در مورد نظریه «راولز» با وضوح بیشتری می‌نویسد:

«... خلاصه نظریه راولز این است که اگر قرار باشد، مردم اصول عدالت را در پس «پردهٔ نادانی» برگزینند که مانع از علم آنان نسبت به موقعیت خودشان در جامعه باشد، در آن صورت آنها، برخلاف تصور اصحاب اصالت فایده، و سنت هابزی در پی به حداکثر رساندن خرسندی و شادی برنمی‌آیند، بلکه در عوض به دو طریقه از خودشان در مقابل بدترین شرایط نامطلوب حراست خواهند کرد:

اول اینکه، به بهره‌مند شدن از حداکثر آزادی ممکن به نحوی که با آزادی دیگران سازگار باشد اصرار خواهند ورزید.

دوم اینکه، تأکید خواهند نمود که ثروت به نحوی توزیع شود که بی‌چیزترین کسان، در جامعه تا آنجا که ممکن است مرفه شوند.»[2]

منظور راولز از **وضع نخستین**، وضعی فرضی و ایده‌آل است که در آن اصول عدالت گزینش می‌شوند. «در وضع نخستین همه اطلاعات یکسانی درباره خود و جامعه دارند، و تنها با مسئله تصمیم‌گیری دربارهٔ اصول رفتار عادلانه مواجه‌اند. انگیزه آنها تأمین منافع خودشان است، لیکن نسبت به ماهیت منافع و هویت و موقعیت اجتماعی خود آگاهی ندارند.»

راولز با استخراج دو اصل از وضع اولیه تصویری از «جامعه لیبرال دموکراتیک» به‌دست می‌دهد که در نظر او عادلانه است:

«**اصل اول**، چنانکه گفتیم، از آزادی برابر و فرصتهای برابر دفاع می‌کند و :

اصل دوم، ناظر بر این است که در چه وضعی می‌توان گفت که نابرابری‌ها موجه و عادلانه‌اند؟

در اصل اول که اصل بیشترین آزادی برابر خوانده می‌شود، حقوق سیاسی و مدنی هرکس برابر با دیگران است؛ در حالی که بر طبق اصل دوم، نابرابری‌های اقتصادی باید چنان کنترل شوند که ممکن باشد کم‌امتیازترین قشر جامعه، در وضعی بهتر از آنچه هست به سر ببرند... به نظر او (راولز) در همه جوامع نابرابری‌های اجتناب‌ناپذیر وجود دارد و اصول

---

۱. توسّلی، حسین، مبانی عدالت در نظریه جان راولز، نقد و نظر، سال ۱۳۷۶ ص ۱۲۹.

۲. بشیریه، حسین، **عقل در سیاست، نگاه معاصر**، ص ۱۲۴، تهران، ۱۳۸۲.

دوگانه عدالت نیز به منظور رسیدگی به این نابرابری‌های اساسی عرضه شده‌اند... هدف اصل دوم عدالت، دقیقاً آن است که نشان دهد، در چه زمانی آن تفاوتها و نابرابری‌ها عادلانه‌اند... با این‌حال راولز استدلال می‌کند که چون نابرابری بیش از حد مطلوب در درآمدها، به نابرابری در قدرت و سلطه می‌انجامد و تمرکز قدرت هم مانع آزادی و برابری فرصتهاست، پس حکومت باید برای رعایت آن حد، مداخله کند.»[۱]

ایرادهای زیادی بر نظریه راولز وارد شده است: از جمله، قراردادی بودن عدالت، نسبیت‌گرایی و در یک رتبه قرار دادن عقاید و امثال اینها که به برخی از آن انتقادها، در نظریه نوزیک اشاره خواهیم کرد.[۲]

دوم: رابرت نوزیک

نوزیک، فیلسوف سیاسی آمریکایی، یکی از منتقدان نظریه «عدالت به مثابه انصاف» راولز است. در باور نوزیک، **دولت حداقل**، بهترین دولت است، هر دولتی که فراگیرتر از آن باشد، حقوق مردم را نادیده می‌گیرد.

نوزیک فروض نهفته در اصول عدالت راولز (پرده جهل) را مورد نقد و انتقاد قرار می‌دهد و نیز، انتقال ثروت‌بخشی از جامعه به بخش دیگر را غیرعادلانه می‌شمارد. او می‌گوید: اگر افراد ثروت خود را از طریق قانونی و بدون تجاوز به حقوق دیگران به دست آورده‌اند، دیگر دولت حق ندارد ثروت آنها را تحت عنوان مالیات، یا به هر طریق دیگر بدون کسب رضایت آنها برای توزیع به محرومان، تصرف کند.

«اصل کامل عدالت توزیعی صرفاً همین را می‌گوید که توزیع وقتی عادلانه است که همگان نسبت به دارایی‌هایی که براساس آن توزیع، مالک می‌شوند ذی‌حق باشند.»[۳]

بنابراین اصل «مالکیت» را به بهانه تأمین «عدالت» نمی‌توان مخدوش کرد. این کار خود «غیرعادلانه» است. از نظر نوزیک، «دموکراسی لیبرال» عادلانه‌ترین نظام سیاسی ممکن به شمار می‌رود و هر نظام سیاسی دیگر «ناعادلانه» است.[۴]

---

۱. بشیریه، حسین، همان، ص ۱۲۵ و ۱۲۶.

۲. توسّلی، حسین، مبنای عدالت در نظریه جان راولز، نقد و نظر، ص ۱۳۷ و بعد، سال ۱۳۷۶.

۳. ملکیان، مصطفی، همان، ص ۹۶.

۴. در زمینه مفهوم عدالت به مقالات در شماره‌های مجله نقد و نظر، خصوصاً، سال سوم، و نیز به کتابهای: **سیر حکمت در اروپا**، **بیست گفتار**، **فلسفه اخلاق**، فرانکنا، و **اخلاق حرفه‌ای**، احد فرامرز فراملکی، **عقل در سیاست**، بشیریه، و **اندیشه‌های سیاسی قرن بیستم** از همین نویسنده مراجعه فرمائید.

د ـ جمع‌بندی

در نگاه به تعریفهایی که از عدالت دیدیم، و برداشتهای مختلفی که فیلسوفان غربی از این مفهوم ارائه داده‌اند، می‌توان گفت:

۱ـ در اندیشه فلاسفه یونان باستان (سقراط، افلاطون و ارسطو)، عدالت بیشتر مفهومی انتزاعی دارد؛ عدالت را تنها حکیمان و فرزانگان می‌شناسند، عدالت نوعی تعادل بین قوای وجود انسان است، و همین تعادل در جامعه نیز باید تحقق یابد. عدالت ماهیتی از پیش داده شده دارد، که همه نمی‌توانند آن را کشف کنند. در نظر ارسطو، **رفتار برابر با افراد نابرابر عدالت نیست**. پس رفتار برابر با بردگان و زنان و شهروندان، نوعی ستم تلقی می‌شود و رفتار نابرابر با زنان و بردگان، در برابر سایر شهروندان عین عدالت است. در حقیقت، عقل عدالت‌یاب است و نه عدالت‌ساز.

۲ـ از دیدگاه متألهان مسیحی، بحث بیشتر از عدالت تکوینی است، و قانون بشری باید انعکاسی از قوانین الهی باشد. عدالت امری بشری، یا بشر ساخته نیست، بلکه امری الهی است. این نظر با نظر اشاعره، و اخبارگرایان شیعه قرابت زیادی دارد.

۳ـ در آرای متفکران قرن هفدهم تا قرن نوزدهم میلادی، در دنیای غرب، عدالت مفهوم ماورایی خود را از دست می‌دهد. در این دوران عدالت در معانی زیر به کار می‌رود:

۱ـ۳ـ عدالت فایده‌گرا: این دیدگاه عدالت را در منفعت، لذت و فایده همگانی می‌بیند، و در نتیجه آن را فضیلتی می‌شمارد که **ساخته انسانهاست** و در عین حال به فایده و احساس و رسوم، بستگی دارد. در این گرایش: «فایدهٔ همگانی، یگانه منشأ عدل است، و تأمل درباره نتایج سودمند این فضیلت، یگانه شالوده ارجمندی آن است.»[1]

۲ـ۳ـ لیبرالیسم اخلاقی: که عدالت را امری اخلاقی می‌داند (کانت و پیروان او)، و معتقد است که عدالت، تطابق اراده فرد با ارادهٔ عمومی است.

۳ـ۳ـ سوسیالیسم ایده‌آلیستی: که ارکان عدالت را برابری اقتصادی می‌شمرد و **سرمایه‌داری** را منشأ **ظلم** و نابرابری می‌داند و **سوسیالیسم علمی (مارکس)**: که در عین اعتقاد به تساوی اقتصادی عدالت را در چهارچوب اصل «از هرکس به اندازه توانایی، و به هرکس به اندازه نیاز» تعریف می‌کند. براساس این نظر است که مکتب «**اصالت اجتماع**» در برابر مکتب «اصالت فرد» قد علم می‌کند.

---

۱. کاپلستون، همان، ج ۵، ص ۷ و ۳۴۶.

در مکاتب طرفدار فرد، آنچه اصالت دارد آزادی فردی است. فرد دارای اراده است و قراردادها با «توافق» طرفین آزاد، منعقد می‌شود. در این دیدگاه «دولت» در تمام عرصه‌ها در خدمت فرد است، و فلسفه وجودی دولت برای رفاه بیشتر و امنیت و آسایش هرچه افزون‌تر فرد است. مکتب اصالت فرد به «**عدالت معاوضی**» یا عدالت مبادله معتقد است. عدالت مفهومی جز برابری سود و زیان ناشی از معاملات ندارد و آنچه افراد اراده و بر آن توافق کنند عادلانه است، و چون هرکس به سود و زیان خود بیش از دیگران آشناتر است، امکان بسته شدن قراردادهای غیرعادلانه وجود ندارد.[1]

نظریه «اصالت اجتماع» برعکس اعتبار و اصالت را از آن جامعه می‌داند و حقوق را محصول زندگی اجتماعی فرد توصیف می‌کند. فرد حق مطلقی در برابر منافع عموم ندارد، و آزادی فرد تا زمانی محترم است که منافع عموم آن را ایجاب کند. وضع اشخاص به‌وسیله قوانین و احکام معین می‌شود و نه توافق، یا «تراضی» افراد. عدالت در این دیدگاه برخلاف مکتب فردی «**عدالت توزیعی**» است، که دولت در آن دخالت می‌کند.[2]

۴ـ۳ـ عدالت در اندیشه‌های قرن بیستم همان‌طور که دیدیم، با روشهای نوینی، در دل دو سنت معروف هابزی یا کانتی قرار می‌گیرند. البته نباید فراموش کرد که در قرن بیستم، توجه به «**حقوق طبیعی**» با تعابیر جدیدی دوباره پاگرفت و علاوه بر این، فیلسوفانی چون: «السدیر مک اینتایر»، و «پل المرمور» و دیگران، پا به عرصه نهادند، و بر دریافت افلاطونی عدالت (دریافتی که عدالت را به مثابه فضیلت می‌بیند) پای فشردند. مور مفهوم رایج عدالت اجتماعی را دستاویزی توصیف می‌کند که بر پایه آن گروههای رادیکال، در اندیشه کسب قدرت هستند. در مقابل عدالت را توزیع درست و «اعطای حق هرکس» به او می‌داند.[3]

خلاصه آنکه، در تعریف عدالت، دیدگاههای مختلفی مطرح گردیده که بر مبانی گوناگونی چون عقل، طبیعت، شرع و یا احساس منفعت مبتنی بودند. اما آنچه در این مرحله جلب نظر می‌کند این است که «عدالت»، در دیدگاه متکلمان، فیلسوفان و فقهای اسلامی، چگونه تعریف و تبیین می‌شود. آیا همان‌طور که برخی گفته‌اند: عدالت در همه ادیان، صبغه «**تک گفتاری**» دارد؟ آیا عدالت صرفاً شرعی است و احکام شریعت سازنده عدالت است؟ آیا

---

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، **مقدمه علم حقوق**؛ص ۳۸، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۶.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مقدّمه عمومی علم حقوق**، ص ۸۴ گنج دانش، ۱۳۷۱.
۳. بشیریه، حسین، **تاریخ اندیشه سیاسی**، ج ۲، ص ۲۰۷، همان.

برای مثال «بناء عقلا» یا «عقل» و عرف، و یا «عقل جمعی» در ایجاد و تشکیل عدالت هیچ نقش و تأثیری ندارند. رابطه «عدالت» و مصلحت را چگونه باید دید و...؟ در فصل آینده به برخی از این سؤالات و پاسخ آنها می‌پردازیم.

فصل دوّم

اندیشمندان اسلامی و عدالت

الف ـ طرح بحث

در بحث از «حسن و قبح ذاتی» و عقلی، بوضوح دیده می‌شود که مقوله «عدالت» در میان مکاتبِ مختلف فلسفی و کلامی و از آن پس، در بین نحله‌های گوناگون فقهی، ازجمله رویکردهای اصولی و اخباری در فقه شیعه، خصوصاً در سده‌های میانی، مورد کنکاش و ژرف‌کاوی‌های دامنه‌داری بوده است، و برخی معتقدند که دغدغه عدالت در میان متفکران مسلمان از فروغ اندکی برخوردار بوده و ... محمل درستی ندارد.

مثلاً در مورد فارابی نوشته‌اند:

«... علم سیاست هم، از نظر فارابی، که سرآمد فلاسفه اسلامی است، به عنوان حکمت عملی، انسان را از عالم محسوسات، به عالم معقولات شرعی شده هدایت می‌کند.»[1]

درحالی که دقت در نظرات فارابی نشان می‌دهد که فارابی به «عالم محسوس» و واقعیات توجه داشته و حتی عدالت قراردادی نیز، در نظر ایشان مغفول نیفتاده، هرچند به‌علل و عوامل گوناگونی، این نظرات و «ایده»ها پیگیری نشده است. فارابی در مورد عدالت می‌نویسد:

«هرچند عدالت طبیعی، زبردست بودن (غلبه) قوی و زیردست بودن ضعیف است، اما وضع طبیعی همواره بر یک مدار نمی‌ماند. افراد یا جماعات با تغییر اوضاع و احوال دچار دگرگونی می‌شوند و رابطه غالب و مغلوب به هم می‌خورد. این درگیری‌ها و دگرگونی‌ها

---

۱. بشیریه، **عقل در سیاست**، پیشین، ص ۱۵۰ و بعد.

سبب می‌شوند که انسانها به معامله و سازش تن در دهند، و بدین‌گونه شرایط سازش و قرارداد، جایگزین عدالت طبیعی می‌گردد، و همین شرایط، عدالت وضعی، یا «**عدالت قراردادی**» نامیده می‌شود.[1]

به هر روی، بحث در ماهیت عدالت، چیستی عمل عادلانه، رابطه عدالت و مصلحت (منفعت)، عینی یا ذهنی بودن ملاکهای عدالت، پیشینی بودن موازین عدالت و به گفته صاحب‌نظران، در سلسله «**علل احکام**» بودن عدالت، ماهیت حق، حقوق فطری، ذاتی بودن و عقلی بودن «حسن و قبح»، در جهان اسلام، خصوصاً در سده‌های اولیه و میانی، مباحث عمیق و دامنه‌داری را برانگیخته که درخور تأمل و تحقیق فراوانی بوده است.

متأسفانه باید اذعان کرد که این روند، یعنی تأمل در مباحثی مانند: فلسفه حق، فلسفه عدالت و فلسفه فقه و حقوق، بنا به دلایل سیاسی، و گاه نیز به دلایل معرفت‌شناختی و بینشی حاکم، که آن هم در حوزه بسیار وسیعی متأثر از همان دلایل سیاسی و حاکمیت قدرت‌مداران و «حاکمیت سلطه» بوده است، عقیم مانده و به رغم تأیید و تأکید مکرر قرآن کریم و روایات، در بوته اجمال افتاده است، و قرنها گفتمان منحرف و غالبی را شکل داده است که سوگمندانه آثار آن، حتی در نحله‌های «اصولگرا»، و بیشتر در عرصهٔ عمل استمرار یافته است. شادروان استاد مطهری، همواره از پیروزی این اندیشه در تاریخ فقه شکوه می‌کند و صادقانه می‌نویسد:

«شرم‌آور است که انسان در تاریخ بخواند، عده‌ای پیدا شدند که خود را تابع قرآن می‌دانستند و قرآن این همه دربارهٔ عدل الهی، هم در نظام تکوین و هم در نظام تشریع سخن گفته، اما این دسته، در نفی حکمت و بی‌عدالتی نظام آفرینش (جمع متفرقات و تفریق مجتمعات)، و در بی‌حکمتی دستورهای اسلام داد سخن داده‌اند.»

مزدوران، اصل «جبر» و «انکار حسن و قبح عقلی» را درهم آمیختند، و با تعریف و توصیف انحرافی «عدالت خدا»، معجونی یا «فرمول» شگفتی ساختند که نتیجه عملی و منطقی(!؟) آن چیزی جز عدالت ستمگران حاکم نبود. فشرده فرمول بالا این می‌شد:

- هرچه خدا کند عین عدل است. (اصل عدالت)
- هرچه ستمگران (و کارگزاران حکومت) کنند کار خداست. (اصل جبر)

---

۱. عبارات فارابی چنین است: «... فهذه کلها هو العدل الطبیعی... و انما یکون ذالک عند ضعف کل من کل، و عند خوف کل عن کل، فما دام کل واحد من کل واحد فی هذه الحال، فینبغی ان یتشارکا، و متی قوی احدهما علی الآخر، فینبغی ان ینقض الشریطة و یروم القهر.»! (فارابی...) آنچه از حکیم فارابی نقل شد، یادآور چیزی است که هابز در تشکیل دولت می‌گوید دولت، یا قراردادی که مبتنی بر منفعت و مصلحت است.

ـ هرچه ستمگران متغلب کنند، عین عدالت است.[۱]

به هر تقدیر، این واقعیت نیز قابل انکار نیست که خصوصاً اندیشمندان و فقهای امامیه در طول تاریخ، همواره در انزوا و اقلیت بوده، و به همین دلیل و به دلیل دوری از قدرت و حکومت، شاید عدالت سیاسی و اجتماعی کمتر برای آنان مطرح بوده است، هرچند دانشمندان شیعی به دلیل «اپوزیسیون» بودن در برابر قدرتهای ستمگر و «غاصب»، همواره بر «حکومت عدل» و «انتظار فرج» و زوال دولتهای «جابر و غاصب» پای فشرده، و با هر بهانه و به هر مناسبتی از «عدالت» سخن گفته‌اند.

اما فضای سخن از عدالت در مجموع، یا سخن از «عدالت فردی» است که در مناصبی چون «امامت» و رهبری، «قضاوت»، «شهادت» و گواهی دادن و «امامت» نماز و امثال اینها مطرح می‌گردد، و یا اینکه در همان مفهوم تکوینی و «انتزاعی» است. بر این پایه بحث و کنکاش در حوزهٔ «عدالت اجتماعی» و «عدالت اقتصادی» نسبت به «عدالت فردی»، «در حد صفر» بوده است. در عرصه «عدالت سیاسی» و فلسفه سیاست هم که علی‌الاصول شیعه در طول تاریخی ـ سیاسی خود نسبت به آن حساسیت فراوانی داشته، باز هم از «ملاک و ماهیت» عدالت بحث چندانی نرفته است، بلکه آنچه بیش از همه در گردونهٔ بحث و منازعات فکری قرار داشته، ناظر به عدم پذیرش «قدرتهای غاصب» و به رسمیت نشناختن آنها بوده است. چیزی که «**انتظار**» را «**مکتب اعتراض**» و رد و پرخاش و نوعی «مبارزه منفی»، برای رسیدن به عدالت و «حکومت جهانی عدل» رقم می‌زند، البته این همه به آن معنا نیست که در اسلام و خصوصاً تشیع، مایه‌های بحث و کنکاش از عدالت مغفول بوده است و ...

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، بحث از «عدالت» بالأخص در عرصه‌های سیاسی و اقتصادی و حتی کیفری (حدود و قصاص و دیات و سیستم جزایی)، یا به تعبیر جامع‌تر «عدالت اجتماعی»، اوج و موج بیشتری می‌یابد و گاه چالشها در حیطه‌های اقتصادی و فقهی و احکام اولیه و ثانوی و «فقه الحکومه»، در قبال «فقه الشریعه» بار دیگر به میدان می‌آید، و همین نشان‌دهنده آن است که مغفول ماندن مباحث مربوط به عدالت اجتماعی، و بی‌توجهی به فلسفه «عدالت»، حتی به عنوان یکی از «قواعد فقهی»، در عرض قواعدی چون «لاضرر»، «لاحَرَج» و «احسان» و امثال اینها، ریشه در دوری از قدرت و حاکمیت داشته است.

---

۱. محمدی ری‌شهری، محمد، **عدل در جهان‌بینی توحید**، ص ۶۶ و ۶۷، دفتر تبلیغات اسلامی، قم ۱۳۷۴؛ نوشته‌اند معاویه در برابر بزرگان عرب این‌گونه می‌گفت: «ان الله تعالی. اکرم خلفائه، فاوجب لهم الجنة، و انقذهم من النار ثم جعلنی منهم.» (علامه مجلسی، **بحارالانوار**، ۱۳۲/۴۴).

اکنون با توجه به تعاریفی که نقل شد، مفهوم عدالت از دیدگاه اندیشمندان اسلامی را به طور گذرا مورد بررسی قرار می‌دهیم. البته این مطالعه، بیشتر معطوف به عرصهٔ «اقتصادی» و گرایشهای فقهی در این حوزه است. بررسی مفهوم «عدالت کیفری» و قضایی و «عدالت سیاسی» و دیدگاههای اندیشمندان در این عرصه‌ها فرصت واسعی می‌طلبد، و امید این است که ارائه دیدگاههای مختلف اندیشمندان اسلامی در حوزه اقتصادی، راهنمای روش تحقیق در عرصه‌های دیگر نیز باشد.

در این فصل، نگاهی دوباره به مسئله «فرد و جامعه» می‌افکنیم تا روشن شود دیدگاه اسلام در این مسئله و نهایتاً در مقوله «عدالت اقتصادی»، با کدامیک از مکاتب (اصالت فردی یا اجتماعی) قرابتی دارد، و در غیر این صورت آیا می‌توان **دیدگاه سومی** را به عنوان دیدگاه اسلامی ارائه کرد؟

علاوه بر آن، آیا همان‌طور که برخی گمان کرده‌اند در عقلانیت اسلامی «عدالت» خصیصه‌ای «تک‌گفتاری» دارد، یا می‌توان با رویکردهای گوناگونی در اقتصاد اسلامی مواجه شد، که هر کدام ممکن است تعریف ویژه‌ای از «عدالت اسلامی» داشته باشند؟ در این بررسی به نقاط افتراق، یا اشتراک اسلام با سایر مکتب‌ها نیز توجه خواهیم داشت و به پاسخ این پرسش خواهیم پرداخت که اساسی‌ترین نقطه تفارق در مسئله «عدالت» به کدام حوزه مربوط می‌باشد. برای آمادگی و ایجاد زمینه لازم، در آغاز به محورهای اصلی دو مکتب «اصالت فرد» و «اصالت اجتماع» نظری می‌افکنیم و با توجه به دو اصطلاح عدالت معاوضی و عدالت توزیعی نظر اسلام در مورد «عدالت اقتصادی» را پی می‌گیریم.

ب ـ محورهای عمده از دیدگاه لیبرالیسم و سوسیالیسم

اول: محورهای قرائت فراگیر «لیبرالیسم» و به‌طورکلی مکتب‌های طرفدار فرد را می‌توان به‌صورت زیر خلاصه کرد:

۱ـ تأکید بر استقلال فرد، که با تلقی ویژه‌ای از آزادی همراه است. این نوع از آزادی که همه اصالت را به فرد می‌دهد، برخی به عنوان «آزادی از» (Freedom From)، یا «آزادی منفی» نامیده‌اند.

۲ـ تقدیم حق (Good)، و مغفول نهادن مفهوم ارزشی خیر و سعادت، در حوزه‌های تصمیم‌گیری کلان.

۳ـ اعتقاد به دولت حداقلی که رسالت اصلی آن حراست از پیش‌شرطهای رقابت آزاد،

و حفظ «مالکیت» و احترام به «قرارداد» و اراده فردی است.

۴ـ تعهد به حفظ بی‌طرفی لیبرالی و عدم گرایش به مذهب یا هر مسلک ایدئولوژیک دیگر.

۵ـ اعتقاد به مطلق بودن ارزش آزادی نسبت به ارزشهایی مانند عدالت و ایمان و ... عدالت تنها در وجه «مبادله‌ای» آن معنا می‌یابد و در نظم خودجوش بازار پدید می‌آید.[1]

دوم: محورهای اصلی نظریات سوسیالیستی، و مکتب‌های اجتماعی نیز به گونه زیر خلاصه می‌شود:

۱ـ اعتقاد به مالکیت همگانی ابزار تولید

۲ـ دولت حداکثری و برنامه‌ریزی متمرکز اقتصادی و دخالت آن در همه زمینه‌ها

۳ـ اعتقاد به اصالت جامعه در برابر فرد و باور به مصالح اجتماعی در حدی گسترده، فرد حق مطلقی در برابر منافع عمومی ندارد، و زندگی با دیگران تکالیف گوناگونی را به وجود می‌آورد. آزادی فرد تا جایی محترم است که منافع عمومی آن را ایجاب کند.

۴ـ عدالت در این مکتب‌ها، «**عدالت توزیعی**» است. دولت وظیفه دارد که عواید ملی را از نظر مادی و معنوی عادلانه بین افراد تقسیم و توزیع کند.

۵ـ نیازهای زندگی مشترک محدودهٔ «آزادی»ها را مشخص می‌کند. جامعه مفهوم اعتباری و قراردادی نیست که از تصور گروهی افراد آزاد و مستقل به وجود آمده باشد. حقیقتی است که با ضرورتها و نیازهای ویژه خود وجود دارد، و نباید ادعا کرد که تأمین آزادی فرد، به‌طور ضمنی همیشه به سود اجتماع نیز هست. در بیشتر موارد حفظ منافع جمع با محدود کردن آزادی فردی ملازمه دارد و...[2]

برخی، دو مکتب مذکور را، حاصل عدالت‌جویی غربیان دانسته‌اند که در دو نهضت انسانی «فوق‌العاده مهم» تجلی یافت.

نهضت نخست، حساسیت عمده‌اش را معطوف به توزیع عادلانه **قدرت** در جامعه کرد. این نهضت، از اندیشه‌ها و فلسفه‌های سیاسی و معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی خاصی آغاز شد که نهایتاً به مشروط کردن قدرتهای مطلقه انجامید و نظامهای دموکراتیک را معرفی کرد. نقطه حمله دموکراسی، قدرت بود و شاخصه مهم آن «**توزیع عادلانه قدرت**» به شمار می‌آید.

---

۱. واعظی، احمد، مقاله اسلام و لیبرالیسم، مجلّه سیاسی، ص ۲۹ و بعد، شماره ۲۲، سال ۱۳۸۲.

۲. کاتوزیان، **مقدمه علم حقوق**، ص ۴۲، همان.

نهضت دوم، نهضت سوسیالیسم بود که در قرن نوزدهم آغاز شد. عدالت‌جویی سوسیالیسم بیشتر معطوف به ثروت، و قدرت ناشی از ثروت و اشرافیت و مالکیت و تبعیض طبقاتی بود و شاخصه مهم عدالت، نزد او «**توزیع ثروت**» محسوب می‌شد، و نهایت مقصود آن بود که شیوه تقسیم امکانات و بهره‌های مادی چنان نباشد که فقط طبقه معینی از آن مواهب بهره ببرند، و دیگران از آن محروم بمانند.[۱]

این هر دو نهضت، وعده عدالت می‌دادند، ولی یکی نسبت به «قدرت» حساسیت بیشتر می‌ورزید و دیگری نسبت به «ثروت»! البته نقد این دو تفکر و نقاط قوت و ضعف هریک، کتابهای پرشمار و مطولی را به خود اختصاص داده است که بررسی آنها به مجال درخوری نیازمند است. اما علاوه بر دو مقوله مهم و فتنه‌انگیز قدرت و ثروت برخی به مقوله «**معرفت**» نیز پرداخته‌اند که: «در روزگار ما این مقوله سوم از آن دو مقوله پیشین سبق برده و اهمیت و مرکزیت بیشتری پیدا کرده است... باید به تعدیل معرفت هم بیندیشیم، و در توزیع عادلانه آگاهی و مهار کردن عادلانه معرفت هم بکوشیم... اطلاعات در عصر ما از قماش تغییر و تصرف است و سلسله‌جنبان و سبب‌ساز تحولات، و ویرانگر تعادلی است که به بی‌عدالتی می‌انجامد...»[۲]

ج ـ دیدگاه اندیشمندان اسلامی در عدالت اقتصادی

آنچه در دو بند الف و ب آمد، برای تمهید این سؤال بود که رهیافت اسلامی در مقولات مذکور، خصوصاً عدالت در عرصه اقتصادی چیست؟ اندیشمندان مسلمان به کدامیک از دومفهوم عدالت (معاوضی و توزیعی) گرایش داشته‌اند؟ و آیا می‌توان به رهیافت سومی رسید، که به عنوان دیدگاه مستقل عرضه و ارائه گردد؟

در فصل نخست همین بخش (بخش پنجم)، به نقل از استاد مطهری، به چهار مفهوم، مستفاد از کلمه عدالت اشاره کردیم که عبارت بودند از:

- موزون بودن
- رفع تبعیض (مساوات)
- رعایت حقوق
- رعایت استحقاقها

---

۱. سروش، عبدالکریم، **مدارا و مدیریت**، ص ۳۳۶، مؤسسه فرهنگی صراط، سال ۱۳۷۶.
۲. همان، ص ۳۴۳.

مورد اول همان نظریه اندام‌وارگی و تناسب میان اجزاء است که در قالب تعریف مشهور: «**وضع الشیء فی موضعه**» قرار دادن هرچیز در جایگاه شایسته آن، تبلور یافته است.[1]

این تعریف، هر نوع سلسله مراتب را تأیید می‌کند، و عبور از موضعی به موضع دیگر را، در نظام طبیعی، خلاف طبع، و به گفته فارابی، نقض عدالت سلسله مراتبی می‌شمرد.

مفهوم چهارم یعنی رعایت استحقاقها، بیشتر ناظر به عدالت تکوینی و عدم امتناع از «افاضه و رحمت» است، نسبت به آنچه امکان وجود یا کمال دارد[2] که در دایره بحث ما نیست.

آنچه بیشتر می‌تواند به بحث فعلی مربوط باشد، مورد دوم و سوم است که در تعریف معروف دیگری گنجانده شده و آن اعطاءکل ذی حق حقه، یعنی دادن حق هر صاحب حق به او می‌باشد. اما با دقت در تعریف بلافاصله با این سؤال مواجه می‌شویم که «حق» چیست؟

۱ـ«چیستی حق»!

حق و عدالت گاه به صورت مترادف، به منظور تفهیم یک معنا به کار می‌روند و گاه دومفهوم متمایز به نظر می‌آیند. گاه غرض از «عدالت» مطابقت با قانون است، اما در همان حال می‌گوئیم، قانون باید منطبق بر عدالت باشد. آنچه دو طرف دعوی از دادگاه می‌خواهند اجرای عدالت براساس قانون است، اما خواسته اصلی آن دو، عدالت است، نه اجرای هر قانون! پرسش و پاسخ زیر بین مگی و آیزا برلین، حساسیت مسئله را نشان می‌دهد:

مگی: ما این حقایق را بدیهی می‌دانیم که جمیع آدمیان برابر آفریده شده‌اند و آفریدگارشان به ایشان برخی حقوق انفکاک‌ناپذیر اعطا فرموده است. از جمله حق حیات و آزادی، و طلب خوشبختی ...

برلین: ... حقوق چیست؟ ... آیا چیزی است که شما در لحظه تولد کسب می‌کنید یا به‌ارث می‌برید؟ آیا چیزی است که روی شما مهر می‌خورد؟ آیا یکی از ویژگی‌های ذاتی انسان است؟ آیا چیزی است که کسی آن را به شما داده؟ اگر این طور است، چه کسی، به چه ترتیبی؟ آیا حقوق را ممکن است اعطا کرد؟ آیا حقوق را ممکن است سلب کرد؟ چه کسی می‌تواند

---

۱. مولوی زیباترین توصیف از عدالت را بیان می‌کند:

عـــدل چبود آب ده اشجـار را ظـلم چبـود آب دادن خـار را
موضع رخ شه نهی ویرانی است موضع شه، پیـل هم نادانی است

(جلال‌الدین مولوی، ص ۱۳ مثنوی)

۲. شهید مطهّری، مرتضی، **عدل الهی**، همان.

سلب کند؟ به چه حقی؟ و ...[۱]

برخی «حقوق» به معنای جمع کلمه «حق» را، به لحاظ خاستگاه آن، بر دو نوع تقسیم کرده‌اند: حقی که ناشی از یک **عمل ارادی** است، و حقی که بدون دخالت اراده انسانی موجودیت می‌یابد. اولی را اختصاص و دومی را حق عمومی نامیده‌اند.[۲]

غرض از حق عمومی، تعبیر دیگری از «حق فطری» یا طبیعی است؛ مانند حق آزادی بیان و آزادی عقیده. وقتی از حقوق اقلیت‌ها، حقوق زنان، حقوق کودکان و یا از حقوق پناهندگان سخن می‌رود، منظور حقوق عام و شاملی است که همه انسانها را دربرمی‌گیرد. علامه حلی حق را «**سلطنة مجعوله**»[۳] و علامه طباطبایی آن را نوعی «اختصاص» توصیف می‌کند. برخی از حقوقدانها در مفهوم حق نوشته‌اند: حق علاقه یا انتفاعی است که مورد حمایت قانون است[۴] با این همه، سؤال اصلی همچنان باقی است.

۲ـ نظر شهید مطهری

استاد مطهری، حق را نوعی «علاقه» تعریف می‌کند. آنگاه در تبیین این علاقه سؤال را بدین‌گونه مطرح می‌نماید که: موجد این علاقه یا حق چیست؟و در پاسخ می‌نویسد: موجد یا علت، بر دو قسم است:

۱ـ علت فاعلی

۲ـ علت غایی

در علاقه فاعلی ذیحق مورد حق را به وجود می‌آورد مانند «احیاء» زمین مرده، یا کسی که درختی را می‌کارد و با فعل خود مالک درخت می‌شود.

در علاقه غایی، نوعی از ارتباط بین انسان و مواهب خلقت وجود دارد و استفاده از این مواهب «حق» انسان است.[۵] این حق را قانون خلقت که مقدم بر قانون شرع است مقرر فرموده است. آفرینش، انسان و این مواهب را برای یکدیگر آفریده است. آیا می‌توان گفت در قانون خلقت هیچ‌گونه رابطه‌ای بین کودک (نوزاد) و شیر مادر نیست!؟ سخن علی (علیه‌السلام) بر همین مبناست: «**لکل ذی رمق قوت، و لکل حبة آکل**»!

---

۱. مگی براین، **مردان اندیشه**، ترجمه عزت‌الله فولادوند، ص ۲۷ و ۲۸، طرح نو، ۱۳۷۲.

۲. موحّد، محمدعلی، **در هوای حق و عدالت**، ص ۶۲، نشر کارنامه، سال ۱۳۸۱.

۳. «الحق سلطنة مجعولة من حیث هو علی غیره و لو بالاعتبار، من مال او شخص، او هما معاً.»

۴. جوان، دکتر موسی، **مبانی حقوق**، ج ۱، ص ۳۶، شرکت رنگین‌کمان، ۱۳۳۶ شمسی.

۵. **خلق لکم ما فی الارض جمیعاً** (بقره / ۲۹).

هر صاحب رمق و جنبنده‌ای غذایی و هر دانه خورنده‌ای دارد، و بین همه اینها علاقه و ارتباطی است که از آن به «حق» تعبیر می‌شود.[۱]

توضیحات بالا نشان می‌دهد که خاستگاه حق، علاقه فاعلی یا علاقه غایی است. درارتباط غایی نوع انسان در استفاده از مواهب خلقت دارای حق است، مانند حقوق طبیعی یا حقوق بشر، و این حق قابل سلب نیست، و در علاقه فاعلی هم، در واقع مبنای «حق» کار فرد است. بنابراین عدالت دادن «حق» هرکس، اعم از حق فاعلی یا حق غایی به اوست.

مرحوم مطهری پس از طرح مسئله «حسن و قبح ذاتی» و اشاره به اندیشه‌های عدلیه و اشاعره به عنوان نتیجه می‌گوید:

«نتیجه بزرگی که این بحث دارد این است که بنا بر نظریه اول ـ که دستورهای اسلام تابع حسن و قبح واقعی است، و حق و عدالت واقعیت دارند، و اسلام واقعی بودن اینها را به‌رسمیت شناخته است ـ ما می‌توانیم فلسفه اجتماعی اسلامی، و یک رشته مبانی حقوق اسلامی داشته باشیم و می‌توانیم بنشینیم و حساب کنیم و ببینیم اسلام چه مبانی حقوقی دارد... و بر چه مبنا قانون وضع کرده است. آن وقت می‌توانیم اینها را در بسیاری از موارد راهنمای خودمان قرار دهیم. ولی بنا بر نظریه دوم اسلام فلسفه اجتماعی ندارد، و اصول و مبانی حقوقی ندارد،... تعبد محض حکمفرماست.[۲]

ایشان در جای دیگر، در همین زمینه می‌نویسد:

«افراد بشر، همه مثل هم حق دارند از مواهب خلقت استفاده کنند، مثل هم حق دارند کار کنند (حق انتخاب شغل)، مثل هم حق دارند در مسابقه زندگی شرکت کنند، همه مثل هم حق دارند **خود را نامزد هر پست از پستهای اجتماعی** کنند، و برای تحصیل و بدست آوردن آن از طریق مشروع کوشش کنند. همه مثل هم حق دارند استعدادهای علمی و عملی وجود خود را ظاهر کنند.»[۳]

و باز در جای دیگری چنین می‌خوانیم:

«در دنیای امروز گرایش به یک حالت حد وسط پیدا شده است... در کنار دو دنیای کمونیسم و کاپیتالیسم، **دنیای سومی** در شرف تولد است که می‌توان آن را نوعی سوسیالیسم اخلاقی نامید. این گرایش تازه می‌خواهد آزادی افراد را محفوظ نگه دارد، و از این رو مالکیت

---

۱. شهید مطهّری، مرتضی، **بیست گفتار**، ص ۴۷ و بعد، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۶۱.
۲. شهید مطهّری، همان، ص ۴۳.
۳. شهید مطهّری، مرتضی، **نظام حقوق زن در اسلام**، ص ۱۲۲، نشر فرهنگ، ۱۳۵۴.

خصوصی را در حد معقولی می‌پذیرد، و هر مالکیتی را مساوی با استثمار نمی‌داند...»[۱]

یکی دیگر از اندیشمندان در همین زمینه نوشته است:

«... دینی که عدل از اصول اعتقادی آن است و معتقد است که خدای متعال عادل است، نمی‌شود حکمی و قانونی در آن یافت شود که موجب گسترش ظلم باشد (مانند تکاثر و فقر)[۲] بنابراین مجتهد معتقد به اصل عدل، نمی‌تواند به هنگام استنباط هر حکمی از احکام دین، از آنچه باعث تحقق یافتن عدالت است، و موانع اجرای عدالت را برطرف می‌سازد، چشم بپوشد... اعتقاد به اصل عدل در گرایشهای فقهی و فتوایی تأثیری بزرگ خواهد داشت و ....»[۳]

آنچه ذکر شد، نشان می‌دهد، که بحث از «حق و عدل» یک بحث درون دینی نیست. روشهای رسیدن به «حق و عدل» هم درون دینی تلقی نمی‌شود. از سوی دیگر اگر «عدالت» را مطلق فرض کنیم، تعریف، موارد و مصادیق آن در عرصه زمانها و مکانهای مختلف در تحول و سیلان است. قرآن ممکن است شاخصه‌های سیستم، تکاثر، کنز و اتراف را نشان دهد، اما به گفته برخی از اندیشوران، از عدالت، تعریف جامع و مانعی نداده است. مصادیق عدالت را در هر زمان، با توجه به مصالح عام می‌توان یافت. بردگی که در عصر ما، ستم بارز و مسلمی تلقی می‌شود، در زمانهای گذشته این قبح و نفرت را برنمی‌انگیخته است. در پرتو این تأملات دامنه عدل و شیوه‌های کامیاب و عادلانه تولید و توزیع اقتصادی و مصادیق عدالت، جلوه روشن‌تری می‌یابد و بدین روش، همراه با نیازها و ضرورت هر زمانه، اسلام در مسیر نیل به‌کمال مطلوب و هدفهای متعالی خود پیش می‌رود.

شهید صدر که در کتاب «**اقتصادنا**» و کتابهای دیگر خود، سیستم اقتصادی اسلام را به‌عنوان نظامی مستقل مطرح می‌کند، در مورد «عدالت اقتصادی» می‌نویسد:

«نصوص زکات صراحت دارد که پرداخت زکات، تنها برای رفع نیازمندهای ضروری فقرا نیست، بلکه باید به گونه‌ای (با محرومان) برخورد شود، تا به دیگران در سطح معیشت نزدیک یا همسان گردند و به تراز زندگی عمومی برسند... حاکمیت اسلامی باید در راه تحقق

---

۱. شهید مطهری، **پیرامون انقلاب اسلامی**، ص ۱۵۱، انتشارات صدرا، ۱۳۶۸.

۲. قرآن کریم «تکاثر»، «کنز»، «اتراف» و امثال اینها را طرد می‌کند: «**کی لا یکون دولة بین الاغنیاء منکم**»! (حشر / ۷).

۳. حکیمی، محمدرضا، مجلّه نقد و نظر، مقاله احکام دین و اهداف دین، سال اوّل، شماره اوّل ۱۳۷۳، ص ۱۱۳.

این هدف تلاش کند.»[1]

در همین زمینه لازم است به حدیث شگفت‌آوری از امام سجاد(ع) توجه کنیم. این حدیث و صدها و شاید هزاران حدیث دیگر نوع نگاه پیشوایان را به مقوله عدالت نشان می‌دهد، و جهت اهداف و مقاصد را به روشنی باز می‌گوید:

مردمان در زمانه ما شش دسته‌اند: شیر، گرگ، روباه، سگ، خوک و گوسفند ... گرگها سوداگرانند که به هنگام خرید کالا بر سر آن می‌زنند (تا ارزان بخرند)، و به هنگام فروش کالا، آن را بسی تعریف می‌کنند (تا گران بفروشند)...

و اما گوسفندها، توده‌های بیچاره‌ای هستند که پشم آنان را می‌کنند، و گوشتشان را می‌خورند، و استخوانشان را می‌شکنند. اکنون گوسفند بیچاره که در چنگال شیر و گرگ و روباه و سگ و خوک گیر کرده است، چه می‌تواند بکند؟[2]

در این رویکرد: اصل عدالت از مقیاسهای اسلام است. عدالت در سلسله علل احکام است نه در سلسله معلومات؛ نه این است که آنچه دین گفت عدل است، بلکه آنچه عدل است دین می‌گوید.[3]

بر همین اساس، **عدالت** از نظر فقه اسلامی و بر مبنای برخی از فقهای امامیه به عنوان برترین «قاعدهٔ فقهی» در بین قواعد دیگر ظهور می‌یابد.

---

۱. عبارت چنین است: «ان نصوص الزکاة صرّحت بان الزکاة لیست لسد حاجة الفقیر، الضروریة فحسب، بل لاعطاء المال بقدر الذی یلحقه بالناس فی مستواه المعیشی... بالمستوی العام للمعیشة... لابد للحاکم الشرعی من السعی فی سبیل تحقیقه... » (صدر، الاسلام یقود الحیاة، ص ۴۵).

۲. عبارت این است: «الناس فی زماننا علی ست طبقات: اسد و ذئب و ثعلب و کلب و خنزیر و شاة ... و اما الذئب فتجارکم، یذمون اذا اشتروا، و یمدحون اذا باعوا ... و اما الشاة فالذین تجز شعورهم، و یؤکل لحومهم، و یکسر عظمهم. فکیف تصنع الشاة بین اسد و ذئب و ثعلب، کلب و خنزیر!؟» (**خصال صدوق**، ج ۱، ص ۳۳۹، **الحیاة**، ج ۳، ص ۲۹۶، و ترجمه الحیاة، ج ۳، ص ۳۵۸).

۳. شهید مطهّری، مرتضی، **بررسی اجمالی اقتصاد اسلامی**، ص ۱۴، انتشارات حکمت، سال ۱۴۰۳ ق.

بخش دوّم

عدالت به مثابهٔ قاعدهٔ فقهی و حقوقی

وَ لا وَ اللهِ، لاتزكوا صَلاةٌبغير وِلايةِ العدلِ الامامِ

محمد بن عبدالله حمیری

سوگند به خدا، نماز در غیرحکومت عادل آن نماز زلال و مصفّا نیست!

طرح مسئله

همان گونه که دیدیم، نه فقط بخش اوّل که به تعریف و اهمیّت عدالت، و تطوّر مفهوم آن در طول تاریخ می‌پرداخت، نوعی زمینه‌سازی برای طرح و تبیین «عدالت» به مثابه یک‌قاعدهٔ مهم فقهی و حقوقی بود، بلکه سه فصل آغاز بخش دوّم نیز به نوعی برای طرح مباحث، و تدارک بسترهای لازم، جهت مطرح ساختن «قاعده عدالت» در نظر گرفته شده است، آن‌سان که خواهیم دید، نقش کارساز و برجسته **«قاعده عدالت»** شایستهٔ زمینه‌سازی‌های یاد شده است. بر این پایه:

در فصل نخست بخش دوّم، پس از تعریف و نقش و معنای «قاعدهٔ فقهی»، ابتدا به‌توصیف «عدالت فقهی» و تعاریف فقها از عدالت پرداخته‌ایم. در این فصل همچنین، عنصر «عدالت»، در مناصب اجتماعی مانند قضاوت، شهادت، امامت جمعه و جماعات، مورد بررسی قرار گرفته است. موضوعی که نقش مؤثر و دوران‌سازی در تاریخ تشیّع، و فلسفه سیاسی اسلام داشته، و در چگونگی برخورد با قدرتهای حاکم، تأثیر نمایانی را ایفا کرده است.

در ادامه همین فصل رویکرد فقها، (با توجّه به عنصر عدالت) با قدرتهای حکومتی، و حکومتگران مستبد مورد کنکاش قرار گرفته است که نهایتاً به سه رویکرد:

۱ـ فعّال‌گرایانه

۲ـ پارساگرایانه

۳ـ و مسالمت‌جویانه

راه برده‌ایم. در واقع تعریف فقهی عدالت، نه تنها برداشت خاصّی از عدالت را نشان می‌دهد،

بلکه در عین تبیین اهمیّت و عظمت مقوله عدالت، این مسئله را نیز روشن می‌سازد که عدالت و ژرفا و گستره آن منحصر به تعریف فقهی نیست و ...

در فصل دوّم این بخش، جهات اشتراک و همچنین جهات تفاوت و تفارق: عدالت، انصاف، و نیز قاعده «**عدل و انصاف**» که بیشتر در امور و مشتبهات مالی کاربرد می‌یابد مورد بررسی قرار گرفته است. در این فصل، انصاف به معنی «تنصیف» و انصاف به معنی «Equity» که در حقوق انگلیس و آمریکا (کامن‌لا)، یکی از نهادهای حقوقی است، و انصاف عرفی به‌بحث کشیده شده و نهایتاً نهاد فقهی و حقوقی «**انصاف**»، با تأسیس اصولی «**استحسان**» مورد مقایسه و سنجش قرار گرفته است.

بررسی‌های این فصل تأثیر و اهمیّت نهاد «انصاف» را نشان می‌دهد، و از سوی دیگر، این حقیقت را روشن می‌سازد، که با عدالت خشک و خشن، و به تعبیر دیگر با «عدالت حقوقی» محض، در همه موارد و قضایای فقهی، نمی‌توان به مقصود و اهداف شارع یا قانونگذار دست یافت. بر همین اساس است، که آن «عدالت» پایه‌ای و حیات‌بخش را «**عدالت برتر**» نامیده‌ایم. عدالت جامع، ثمربخش، و کارسازی که یکی از اهداف اصلی شارع مقدّس می‌باشد.

در فصل سوّم، «انصاف و **عدالت ترمیمی**» مطرح می‌شود. «عدالت ترمیمی» ترجمهٔ عبارت «Restorative justice» است. اصطلاحی که بیشتر در عرصهٔ عدالت کیفری مورد بحث قرار می‌گیرد، و به گفته برخی از دانشمندان، تنها بیست و پنج سال از ظهور و بروز آن می‌گذرد. در تعریف آن می‌گویند:

فرآیندی است که در آن کلیّه کسانی که در خصوص یک جرم سهمی دارند، گردهم می‌آیند، تا به طور جمعی، دربارهٔ چگونگی برخورد با آثار جرم، خسارات و مشکلات ناشی از آن برای آینده تصمیم گرفته و راه‌حلّی بیابند. در این نوع از عدالت تنها دولت، یا دادستان با مجرم رویاروی نیستند، بلکه علاوه بر علل و عوامل گوناگونی که بدقت در رسیدگی‌ها لحاظ می‌شوند، جامعه محلّی، جامعه شهری، جامعه کشوری و حتّی جامعه جهانی، با چراغ «**انصاف**» که به گفته برخی «عدالت برتر» است، در تکاپوی علاج و پیشگیری از زیانهای بیشتر، و بازپذیری و بازپروری مجرم و عناصر نابهنجار وارد میدان می‌شوند.

سؤال این است که: فقه و دیگر معارف اسلامی به مفهوم «عدالت ترمیمی»، که از نیازهای جهان جدید است چگونه می‌نگرد؟ آیا در فرهنگ و حقوق اسلامی، زمینه‌ها و ظرفیّتهای طرح این قبیل مفاهیم یا نهادهای نو وجود دارد؟ به زعم نگارنده، نه فقط حقوق جزای اسلامی از چنین گستره و صلاحیّتی بهره‌ور است، بلکه مفاهیمی مانند: عفو و گذشت،

درهم‌تنیدگی حقوق و اخلاق، چگونگی نگاه به مجرم، مصالح عامّه، توبه و ... بالاخص نهاد «انصاف» و «حُبّ» که در معارف اسلامی تعبیه شده است، می‌تواند پاسخ مناسبی به این پرسش و پرسشهای امثال آن باشد.

به هر تقدیر، طرح نهاد «انصاف»، و مقوله «عدالت ترمیمی»، باز هم نشان از اهمیّت و تأثیر عدالت، خصوصاً عدالت به مثابه یک «**قاعده**»ی کارساز و مؤثر در حقوق، فقه و سایر معارف درخشان اسلامی است، و بسترهای لازم را برای «عدالت به مثابه قاعده فقهی» آماده و مهیّا می‌سازد.

و بالاخره، فصل چهارم بخش دوّم، متکفّل و عهده‌دار تبیین و توضیح «**عدالت**» به مثابه قاعدهٔ فقهی و حقوقی است. در این فصل، پس از نگاهی به اهمیّت قاعدهٔ فقهی بودن عدالت، ادلّه قاعده در قرآن کریم(کتاب)، در سُنّت، در اجماع، و در میدان «عقل»، و نیز سیره و روش عُقلا، و مهم‌تر از همه در عرصه «**فتوی**» و نظرات فقهای امامیه، به بحث گذاشته شده، و نهایتاً به «مصادیق عدل» در قلمرو زمان و مکان، و چگونگی قاعده‌مند، یا سامان‌مند بودن نظریّه، یعنی «عدالت به مثابه قاعده» پرداخته‌ایم.

فصل اوّل

کلیّات، تعاریف و عدالت در مناصب اجتماعی

الف ـ قاعدهٔ فقهی

واژه «قاعده» از ریشه «قَعَدَ»، به معنای پایه و اساس [1] و نیز «ضابطه» است. در قرآن کریم هم به همین معنا آمده است. [2]

در اصطلاح فقه برخی قاعده را به «حکمی کلّی که منطبق بر جزئیات خود» باشد تعریف کرده‌اند. در معانی اصل، قانون، مسئله و مقصد هم به کار رفته است. استاد محمدرضا مظفر در تعریف «قاعدهٔ فقهی» می‌نویسد:

«... **هِیَ الامرُ الکُلّی، المنطَبَقُ عَلی جُزئیّاته.**» [3]

بر این پایه در تعریف قاعدهٔ فقهی می‌توان گفت: قضیّه یا گزاره‌ای کلّی است که بر تمامی افراد و مصادیق خود منطبق می‌شود، و مبنای احکام متعددی قرار می گیرد.

ب ـ نقش قواعد فقه و ویژگی‌های آن

قاعده فقهی، همانند قاعدهٔ اصولی نیست که ابزار کار مجتهد یا حقوقدان باشد، و تنها فقیهان و دانشوران فقه و حقوق بتوانند از آن قواعد (قواعد اصولی) بهره ببرند. قاعدهٔ اصولی در واقع ابزار استنباط حکم شرعی و قانونی است، و اصولاً، کبرای قیاس منطقی قرار می گیرد و

---

۱. ابن منظور، **لسان العرب**(قعد).

۲. بقره/ ۱۲۷، نحل/ ۲۶.

۳. مظفر، **اصول الفقه**، و نابلسی عبدالغنی، **شرح اشباه و نظائر**.

در طریق «توسیط و استنباط» واقع می‌شود،[۱] امّا قاعدهٔ فقهی، بیانگر احکام و دستورات شرعی و قانونی هستند، نه تنها مجتهد که مقلّد هم می‌تواند از یک قاعده فقهی استفاده کند، و در موارد متنوّع و متعدّدی، مصادیق قاعده را مشخص و حکم آن را استخراج نماید.

زمانی که قاعدهٔ «لاضرر» هرگونه ضرر را نفی می‌کند، یا قاعدهٔ «الضرورات تُبیح المحظورات» محظور و ممنوع بودن اقدامی را از میان برمی‌دارد، در این عرصه دیگر نیازی به توسیط و استنباط[۲] و یا «استفراق الوسع» و تلاش و اجتهاد نیست. بر این اساس قاعده، یا قواعد فقهی کلید حل دشواری‌ها قرار می‌گیرد، بدون اینکه مشقت اجتهاد و جهاد علمی را بر مستفید بار کند.

از سوی دیگر: قواعد فقهی نه جزئی از اجزای علم اصول است و نه مبحثی از مباحث دانش فقه، بلکه به گفته سیدمحمد صدر، «در سلسله مباحث ماوراء فقه است.»[۳] به تعبیر دیگر، قواعد فقه، بیشتر ناظر بر مبانی و «فلسفه فقه» است. قاعدهٔ لاضرر، در حقیقت گویای مبانی عادلانه احکام مقدس اسلامی است. ترازویی برای توزین و تبیین عدالت است. روح قوانین و احکام است. قاعده بسیار ارجمند «لاحرج» نیز مبیّن مبانی و فلسفه احکام است. فلسفه‌ای که در تکاپوی نظم، امنیت و عدالت فردی و اجتماعی در جوامع انسانی است و بر همین اساس، نقش برجسته و والای قواعد فقهی تبلور روشن و چشم‌گیری می‌یابد و در پویایی نظام حقوقی تأثیر ژرفی بر جای می‌نهد.

نقش قواعد فقه، به آنچه گفتیم محدود و بربسته نمی‌شود، بلکه این قواعد، که «ثابتات» احکام را با «متغیّرات» زمانه همراه و هماهنگ می‌سازد، و به تعبیری «ثبات و تغییر» را آشتی می‌دهد و ضامن حیات و حرکت و حضور و پویایی دین، ـ که ارزشهایش با نوعی از دوام و خلود هماغوش است ـ می‌گردد. چهرهٔ قاعده «لاضرر» و «لاحرج» و «اضطرار» بدون هرگونه محدودیت و ضیق، در بستر زمان همچنان، بر زدودن و سِتُردن مشکلات و گرفتاری‌های عصر باز است. هر ضرری منفی و مردود است!، هر حرج و مضیقه‌ای در هر «زمان و مکان»ی مرتفع است! هرآنچه اضطرار و ضیق و دشواری آورد، نامیمون و از دایره «شرع» برکنار است! هرآنچه ظالمانه، و بر بنیاد ستم و بیداد است، از ساحت پاک دین و شریعت به دور و بیگانه

۱. برای مثال: «اقیموا» امر است. **هر امری ظاهر در وجوب است**، پس اقیموا ظاهر در وجوب است. کبری قیاس یک قاعدهٔ اصولی است.

۲. حکیم، محمدتقی، **الاصول العامّه، للفقه المقارن**، ص ۴۳.

۳. صدر، سیدمحمد، **ماوراء الفقه**، ۱۴۲۰، دارُ الاضواء، ج ۱، ص ۱۱.

است! (اِعدلوا، هُوَ اَقربُ للتقوی)[1].

بدین‌سان «قاعده» چراغی است که تاریکی‌ها و تیرگی‌های طریق دشوار شناخت و اجرای عدالت را می‌سترد و در تنگناهای ضیق و ظلم، راه را بر فقیه و حقوقدان و قاضی و دادرس و وکیل و مشاور و مجری می‌گشاید و به گشودن معضلات فقهی و حقوقی رهنمون می‌شود.

عرصه دیگری که نقش کارساز «قواعد» را نشان می‌دهد این است که: قواعد فقهی متأخر از «مسائل فقهی» و نتیجه آن مسائل و موارد است. فقیه یا حقوقدان، با موارد متنوّع، در زمانها و مکانهای گوناگون، با شرایط و ویژگی‌ها و ماهیّات مختلف رویاروی می‌گردد و با چراغ «مشاهده و تجربه» آن «قضیّه»ها (**قضیّةٌ فی‌الواقعه**) و به اصطلاح Caseهای فقهی و حقوقی، و احکام آنها را، با دقّت و ژرف‌کاوی از نظر می‌گذراند و احکام موارد متعدد را دسته‌بندی می‌کند. جهات اشتراک و تفارق و نقطه‌های همگرایی و واگرایی را از هم تفکیک می‌کند، و در نهایت با «**شمّ الفقاهه**» و مهارتی که فرآیند سالیان تمرین و ممارست است، به تنظیم و تدوین «قاعده» می‌پردازد. قاعده در واقع نتیجه سالها تجربه و استقصاء است. آنگاه فقیه با این استقراء و جهاد علمی، که قواعد و پایه‌ها را باز شناخته، بنیانهای اساسی ساختمان رفیع «نظام حقوقی» را پایه‌ریزی می‌کند، و به تعریف یا معرفی «نظام حقوقی» می‌پردازد. نظامی که از واژه «نظم» مایه می‌گیرد، و نظم به معنی «بند، رشته و عقال» است. نَظَمَ‌الامر یعنی کار را سامان داد، و نَظَمَ اللؤلوء، یعنی مرجان را به رشته کشید.[2] نظام را این گونه تعریف کرده‌اند:

ج ـ نظام حقوقی

نظام حقوقی، مجموعه‌ای از قوانین و مقررات است که بر یک سلسله از قواعد و اصول

---

۱. با توجه به این اهمیت است که قرافی می‌گوید: «قواعدٌ کُلیّةٌ فقهیةٌ، مُشتمِلَةٌ علی اسرار الشرع و حِکمَهِ، لِکُلِّ قاعدةٍ مِنَ الفروع لایُحصی، و لم یُذکَر منها شَیٌ فی اصول الفقه، هذا القواعِدَ مُهِمّةٌ فی الفقه، عظیمةُ النفع، وَ بِقَدرِ الاحاطةِ بِها یُعظَمُ قدرُ الفقیه و یُشرّفُ، و یظهَرُ رونقُ الفقه، و یُعْرَفُ و تتضحُ مناهج الفتاوی و ...» (**الاشباهُ و النظائر**، ج ۱، ص ۱۱).

۲. همان سان که امیرالمؤمنین فرمود: «**مکان القیّم مِنَ الامرِ، مکانُ النّظامِ مِنَ الخَرَزَ یَجمَعُهُ وَ یَضُمّهُ، و اِذا اَنقَطعَ النظامُ تفرّق الخَرَز...**» (**نهج‌البلاغه**).

مکانت و منزلت ولی امر و مدیر جامعه، چونان مکانت و موقعیّت بند (بند تسبیح) است. رشته‌ای که دانه‌های پراکنده و پریشان را جمع کرده و به هم پیوند می‌زند (منادی وحدت و همگامی و انسجام جمع است)، و آنگاه که رشته وحدت و انسجام بگسلد، دانه‌ها همچنان پریشان و پراکنده می‌شوند!؟

و مبانی کلّی، منسجم و هدفمند استوار است، و همین قواعد و مبانی است که مبدأ و سرچشمه قوانین و مقررات، در آن نظام حقوقی می‌شود.

بر این اساس و همان‌گونه که استاد مطهّری می‌فرماید، ذکر جزئیات و فروع احکام در یک مکتب یا مذهب فقهی، هرگز گویای کمال و جامعیّت آن نظام فقهی یا حقوقی نیست[1] و سخن معصوم(ع) نیز بر همین پایه استوار است که فرمود:

«علینا القاءُ الاصولِ، و عَلیکُمُ التفریع»! بیان اصول و قواعد بر عهدهٔ ما، و تفریع و تطبیق قاعده و با موارد و حوادث، برعهدهٔ شما(فقها) است.

آن گونه که واژه «نظام» و تعریف اصطلاحی و فقهی آن نشان می‌دهد، یک نظام فقهی و حقوقی منسجم و هدفمند بر ارکان زیر استوار است:

۱ـ وجود مجموعه‌ای از قوانین و مقررات

۲ـ مبانی، قواعد و اصول کلّی که سرچشمه قوانین و احکام‌اند.

۳ـ مبانی، قواعد، اصول، قوانین و مقررات در پی هدف یا اهدافی مشخّص گرد آمده‌اند.

۴ـ بین قواعد، مبانی و قوانین نوعی از هماهنگی و انسجام و هم‌هدفی به چشم می‌خورد. به گونه‌ای که در صورت تعارض و ناهم‌سازی هر یک با اهداف کوچک و بزرگ نظام حقوقی، آن مبنا، یا قاعده و یا قانون از سیستم طرد و دفع می‌گردد، و بر این مبنا اگر قاعده‌ای با قاعده دیگر، یا اصلی با اصول دیگر، یا قانون و آئین‌نامه و یا حتّی بخشنامه‌ای با مبانی و اصول همگام و هماهنگ نباشد، دیگر اطلاق **«نظام حقوقی»** بر یک روش یا احکام پراکنده و بی‌هدف محمل درستی نداشته و در نهایت، نوعی از فئودالیزم حقوقی و هرج و مرج و پراکندگی بر آن مکتب حکمفرما خواهدشد.

بدین‌سان، حضور قواعد فقهی هماهنگ، به سیستم یا نظام حقوقی معنا و انسجام می‌بخشد و روشن است که برآیند آن قابل **«پیش‌بینی»** بودن و **برنامه داشتن** و مدیّریت ثمربخشی خواهدبود، که قواعد و «پایه»ها این اهداف میانی را تأمین می‌کنند.

نقش و ویژگی دیگر قواعد فقهی، عُقلایی و عَقلانی بودن این قواعد است. اکثر قواعد فقهی و حقوقی مربوط به امور اجتماعی، معاملاتی و به اصطلاح «اعتبارات عُقلایی» است، و

---

۱. «خیال می‌کنند که اسلام قوانین خود را آورده است روی مسائل جزئی، مثلاً خیال می‌کنند اسلام قانونش مثل قانون شهرداری است. اسلام روی مسائل متغیّر زندگی هیچ‌گاه دستور ندارد، بلکه دستورهای اساسی کلّی که با همه مظاهر متغیّر زندگی سازگار است آورده که قابل نسخ نیست.»(**خاتمیت**، ص۶۸).

احکام دین مبین در این عرصه غالباً ارشادی می‌باشد.[۱] و بر این مبنا عمده‌ترین دلیل در اکثر قواعد، بنائات و سیره‌های عُقلایی است: به عبارت دیگر احکام، در عرصه امور اجتماعی، اقتصادی، معاملات، و امروزه قوانین حاکم بر روابط بین‌الملل، همانند عرصه عبادت رازورانه، یا مبتنی بر **«الطاف خفیّه»** نیست. عرصه عبادات اصولاً بر عشق و پرستش تکیه دارد. امّا در عرصه‌های اجتماعی، ملاکها و مقاصد و اهداف، شریعت بر «عقل»، یا «عقول» و یا «عقل جمعی» پوشیده نیست. اصولی مانند:

۱ـ حسن و قبح عقلی

۲ـ اصل عدل الهی

۳ـ اصل تبعیّت احکام از مصالح و مفاسد

۴ـ اصل همگامی و هماهنگی تشریع و تکوین[۲]

گویای «عقلانیت»ی نیرومند است و قواعد فقهی و حقوقی خصوصاً در امور «معاش و زیست» مردم، بر همین مبانی کلامی و فلسفی تکیه زده است. بر این مبنا قواعد فقهی که گاه مستقیماً از قرآن کریم[۳] و زمانی از روایات و گاه دیگر از مجموعه آیات و روایات گرفته شده، و برخی اوقات نیز پایه و مایه عقلی دارد، در پاسخ به نیازهای زیستی هر زمان و همراهی با تحوّلات هر عصر نقش کارسازی می‌یابد. خصوصاً اگر توجّه کنیم که قواعد، در عین حال که ساده‌ترین راه شناخت احکام جزئی و مصادیق احکام است؛ بیشتر ناظر به روح و باطن و اهداف و مقاصد شریعت قرّای اسلامی نیز هست.[۴]

قواعد فقهی، نقش دیگری که دارند، همانا ستردن و رفع تناقض یا ناهمگونی‌هایی است که احتمالاً در فروع احکام دیده می‌شود،[۵] و این موضوع در تعریف «نظام حقوقی» مورد اشاره قرار گرفت. چگونه ممکن است جهت قواعد کلّی، عدالت یا مصلحت بشریّت و زدودن ظلم باشد، امّا در صدور فتوا، یا در بیان حکم فرع یا فروعی، جهت و یا «مقاصد شریعت» که حفظ و حراست از: جان، عقل، دین، مال، نسل[۶] و یا آبرو است مورد فراموشی

---

۱. فیض، دکتر علیرضا، **مبادی فقه و اصول**، ص ۱۸۳.

۲. مجلّه فقه، کاوشی نو در فقه اسلامی، ش ۳۹، ص ۸۷

۳. مانند: «ما جَعَلَ علیکم فی الدین مِن حرج» (قاعده عسر و حرج).

۴. شهید مطهّری، **نظام حقوق زن در اسلام**، ص ۱۳۱ و بعد.

۵. **موسوعةُ القواعِدِ الفقهیّه**، ج ۱، ص ۳۰ و ۳۱.

۶. غزالی، امام محمد، **اَلمُستصفی مِن علم الاصول**، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۹۱۴.

و نسیان قرار گیرد!؟[۱]

ویژگی دیگر، راهیابی به احکام غیرمنصوص، از طریق **قواعد** است. قواعد فقهی نه‌فقط چراغی برای نشان دادن مقاصد شریعت است،[۲] بلکه با استناد به این قواعد و پایه‌ها، حکم خیلی از موارد سکوت، «ما لا نص فیه»[۳] و به گفته شهید صدر احکام موارد و مصادیق در «منطقة الفراغ» را به دست می‌آوریم. همین کاربرد شاید بتواند در موارد تعارض ادلّه، و یا اجمال و نقص دلیل نیز مورد توجّه قرار گیرد.

با امعان به آنچه گذشت، اهمیّت «عدالت» به مثابه قاعده فقهی خودنمایی می‌کند، امّا، هر چند برخی از دانشمندان و فقیهان تیزبین در لابلای نوشته‌ها و مکتوبات خود و در صدور فتوا، به اصل عدل، به عنوان قاعده فقهی نظر داشته‌اند، این حقیقت که اصل عدل به مثابه یک **قاعده اساسی** و کارساز مطمح نظر و مورد بحث و کنکاش قرار گیرد، مغفول افتاده است. گو اینکه در مذهب امامیّه یکی از اصول دین و در مکتب فقهی شیعه به عنوان یکی از منابع و ادلّه رقم خورده و در ماندگاری «مکتب» نقشی مؤثر داشته است.

استاد شهید مطهّری از همین تغافل و بی‌توجّهی گله‌مند است. آن بزرگوار می‌نویسد:

«اصل عدالت اجتماعی، با همه اهمیّت آن در **فقه** ما مورد غفلت واقع شده است، و درحالی که از آیاتی چون: «**بالوالدین احساناً**» و «**اوفوا بالعقود**» عموماتی در فقه به دست آمده است، ولی با این همه تأکیدی که قرآن کریم بر روی مسئله عدالت اجتماعی دارد، مع‌هذا یک **قاعده** و اصل عام در فقه از آن استنباط نشده و این مطلب سبب رکود تفکر اجتماعی ما گردیده است.»[۴]

قواعد همان‌گونه که استاد شهید تصریح دارد، «شاخص‌ها»یی در خط سیر فقه اهل بیت(ع) و در واقع، «علائم الطریقی» در نیل به اهداف مکتب فقهی امامیّه‌اند. این علائم و «شاخص»ها نه فقط مسیر و مقصد را نشان می‌دهد، بلکه با علامت خطر، انحرافها و تباهی‌ها

---

۱. «اگر اجتهاد را در ارتباط با اهداف دین مورد پژوهش قرار دهیم، مشکل ما در ارتباط با احکام دین نیز حل می‌شود ... احکام دین هنگامی زنده است که اهداف دین زنده باشد. توجه به احکام دین بدون توجه به اهداف، بزرگترین صدمه برای دین است، بلکه موجب حذف دین است...» (فیضی، کریم، **فیلسوف عدالت**(استاد حکیمی) ص۶۹).

۲. شاطبی (ابراهیم)، **الموافقات**، تحقیق عبدالله درّاز، بیروت، دارالمعرفة ۱۴۱۵ ق.

۳. جعفری لنگرودی، **مکاتب حقوقی در حقوق اسلام**.

۴. شهید مطهّری، مرتضی، **مبانی اقتصاد اسلامی**، ج ۱، ص ۱۷۰، انتشارات حکمت، سال ۱۴۰۳ قمری.

را نیز ارائه می‌کنند.[1]

اکنون پیش از آنکه به اصل مطلب یعنی به عدالت به مثابه یک «قاعده فقهی» بپردازیم، لازم است در سیری گذرا به عدالت در تعریف فقهاء (**عدالت فقهی**)، و نیز غرض از عدالت در قاعده «**عدل و انصاف**» توجه کنیم و تا جایی که این نوشته گنجایش دارد به تفاوت یا تفاوتهایی که «عدل» با «انصاف» و «تنصیف» دارد اشاره نمائیم. گاه نیز از عدالت به‌عنوان صفتی که برای صاحبان پاره‌ای از مسئولیتها لازم است سخن می‌رود. در صفحات بعد به‌گونه‌ای مختصر به این موارد خواهیم پرداخت.

د ـ عدالت و قسط

«قسط» در لغت به معنای: عدل، دادگری، انصاف، داوری، اندازه، سهم، میزان، ترازو، نصیب و بهره آمده است.[2] برخی از دانشمندان قسط و عدل را مترادف و دارای یک‌معنا می‌دانند. حضرت امام خمینی(ره) معتقدند: قسط به همان معنای عدل است.[3]

شادروان علّامه طباطبایی، در تفسیر «قوّامین بالقسط» می‌فرماید: آنان که قیام به عدالت می‌کنند.[4]

پاره‌ای از اندیشمندان قسط و عدل را مترادف نمی‌شمرند، در این زمینه به اظهارنظر زیر توجّه کنیم:

«**عدل** عبارت است از شکل قانونی روابط اجتماعی میان افراد و گروههای اجتماعی براساس حقوق شناخته شدهٔ فردی و گروهی، و «**قسط**» (سهم) عبارت است از سهم واقعی هر کس یا گروهی از مجموعه مواهب مادی و معنوی و امکانات اجتماعی، در قبال نقشی که در جامعه برعهده دارند.»

با توجه به تعریف یاد شده از مرحوم دکتر شریعتی، حق قانونی بر حقوق قانونی، و قرارداد و توافق افراد مبتنی است، درحالی که حق واقعی سهم و نصیب واقعی فرد جدا از توافقهاست. بر این نکته ایراد گرفته‌اند که عدل مفهومی فراگیر است که شامل عدالت فردی

---

۱ شهید مطهری، **نظام حقوق زن**، ص۱۲۸، همان.

۲. ابن منظور، **لسان العرب** و دهخدا، **فرهنگ دهخدا** و... .

۳. امام خمینی، روح‌الله، **شرح چهل حدیث**، ص۵۵۷، مؤسسه تنظیم و نشر آثار، سال ۱۳۷۶.

۴. طباطبائی، علّامه سیدمحمدحسین، **المیزان**، ج۱۳، ص ۱۷۱، دارالکتب الاسلامیه، تهران ۱۳۹۴ قمری.

و عدالت اجتماعی و... می‌باشد.[۱]

اما انصاف باید داد که به هر تقدیر قسط غالباً با واژه‌هایی چون کیل، وزن، میزان همراه است، (**اوتوا الکیل والمیزان یا لیقومَ الناسُ بالقسط، قرآن کریم**) و بیشتر در مواردی که از «عدالت اجتماعی» سخن می‌رود، قسط را به کار برده‌اند، هرچند می‌توان گفت عدالت اعم از قسط است، امّا هر قسطی هم عدالت نیست (عموم و خصوص مطلق). مثلاً در بحث از «عدالت تکوینی» واژه قسط کاربرد اندکی دارد. به همین دلیل بعضی گفته‌اند، قسط یک حالت و وضعیت بیرونی و آفاقی است نه یک وضعیت درونی و انفسی. به‌همین دلیل گاه واژهٔ «مُقسط» به خداوند هم اطلاق می‌شود و بدین معنی است که او عزّوجل، سهم و نصیب هر کس را و «قسط» و حصّه هر موجودی را، به او می‌رساند، و در دادن این سهم یا «**قسط**» هر کس، **عدالت** را رعایت می‌کند. در حقیقت، قسط، سهم و نصیب قائل شدن، و عدل کیفیت آن است. برخی نیز جامعه عدل را برتر و بالاتر از جامعه قسط دانسته‌اند.

هـ ـ تعریف فقهی عدالت

پیش از بررسی و ملاحظه تعاریف فقهی عدالت، به این نکته توجه کنیم که فقیه و حاکم یا قاضی، برای فیصله دادن امور و منازعات و دعاوی روزمرّه مردم باید تعریفی «**منضبط**» و مشخص از عدالت داشته باشد؛ تعریفی که غیرمنضبط یا کشدار و قابل تفاسیر گوناگون است، در فیصله دادن مسائل روزمرّه با مشکلاتی مواجه می‌شود. مشکلات و ابهامهایی که ممکن است به تعطیل و تسویف امور مردم منتهی شود. با این همه، همان‌طور که دکتر جعفری لنگرودی می‌گوید: عدالت شرعی که در برابر «فسق» (و نه ظلم) به کار می‌رود نیز نمونه‌ای از معنای عام عدالت است[۲]، زیرا شخص عادل در کارهایی که می‌کند، به معیار شرع، هر چیزی را برجای خود باید بگذارد، چه در امور و کارهای فردی و چه در کارهای اجتماعی.[۳]

۱ـ تعاریف فقها

دانشوران فقه و حقوق اسلامی اعم از فقهای امامیّه و عامّه، تعریفهایی از «عدالت شرعی» یا فقهی ارائه کرده‌اند که غالباً اختلاف عمده چندانی با یکدیگر ندارند؛ برخی از این

---

۱. جمشیدی، دکتر محمدحسین، **نظریه عدالت**، ص۱۲۵، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، ۱۳۸۰ش.

۲. «وضع الشیء فی موضعه.»

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دائرةالمعارف علوم اسلامی**، ج ۲، ص ۸۹۱، گنج دانش، سال ۱۳۸۱.

تعاریف را در زیر ملاحظه می‌کنیم. نقطه اشتراک تعریفهای مختلف عدم ارتکاب گناه و جرم است، عدم ارتکاب گناه کبیره و همچنین اصرار نداشتن بر ارتکاب گناهان کوچک (یا تکرار نکردن گناهان کوچک).

برخی، عدالت در فقه را غلبه نیکی‌ها بر بدی‌ها وسیئات شمرده‌اند (**مَنْ تكونُ حَسَناتُهُ غالبةً عَلى سَيّئاته**).[1]

میرسیّد شریف در تعریف این گونه از عدالت می‌نویسد:

«کسی که از اقدام به گناهان بزرگ پرهیز می‌کند و بر گناهان کوچک اصرار نمی‌ورزد و کارهای نیک او بر اعمال زشتش غلبه دارد، عادل است.»[2]

تعریف مذکور، و نیز توصیف فقهای امامیّه از عدالت غالباً برگرفته از روایاتی است که از معصومین(ع) نقل شده است. دقّت در برخی از این روایات، ماهیّت تعاریف را بهتر نشان می‌دهد:

ـ پیامبر(ص) فرمود: «کسی که در تعامل با مردم ستم نمی‌کند، و در گفتگو با آنان دروغ نمی‌گوید و در وعد و وعیدهای خود تخلّف نمی‌کند، او در صف کسانی است که مروّتش کامل، و عدالتش محرز و دادگری‌اش به ظهور رسیده است. با چنین فردی برادری واجب، و غیبت او حرام است.»[3]

ـ پیامبر فرمود: «کسی که به قبله ما نماز می‌خواند، و ذبیحه ما می‌خورد، بر ایمانش گواه باشید.»[4]

ـ امام صادق(ع) در پاسخ به سؤالی در چگونگی تحقّق عدالت فردی فرمود: «هنگامی که فردی چشم از محارم فرو می‌بندد، و زبانش را از گناه و دروغ بازمی‌دارد، و دستش را از ستم به دیگران نگه می‌دارد» عادل است.[5]

برخی از بزرگان فقه امامیّه، در تعاریف خود از عدالت به «**ملکه راسخه**» نفسانی یا ملکه که موجب ملازمت تقوی در ترک گناهان، و انجام دادن واجبات می‌شود، پای فشرده‌اند.

---

۱. ر.ک: **لسان‌العرب**، همان.

۲. جرجانی، میرسیّد شریف، **تعریفات**، ص ۱۱۰، عالم‌الکتب، بیروت ۱۴۰۷ ق.

۳. «مَنْ عامَلَ النّاسَ فلم يَظلِمهُمْ، وَ حَدّثهم فلم يكذبهم، و وَعَدَهم فَلَم يخلِفهُمْ، فهو مِمّن كَملتْ مُرُوئته، وظَهَرَتْ عدالته و... (**بحار**، ج ۷۰، ص ۱).

۴. «مَن صَلّى اِلى قِبلَتنا، وَ اَكَلَ ذبيحتنا، فاشهدوا لَهُ بالايمان» (ری‌شهری، **میزان الحکمه**).

۵. «... اِذا غَضَّ بَصَرَهُ مِنَ المحارم، وَ لسانَهُ عنَ المآثم، و كفّهُ عن المظالم» (**بحار**، ج۷۸، ص۲۴۸).

شهید ثانی می‌نویسد:

«عدالت ملکهٔ نفسانی است که موجب ملازمت تقوا در انجام واجبات و ترک محرّمات می‌شود، در گناهان کبیره مطلقاً، و در گناهان صغیره موجب خودداری از گناهان کوچک می‌گردد. گناهان کوچکی که تکرار شده و بر آنها اصرار ورزیده می‌شود. عدالت همچنین همراهی با مروّت را باعث می‌گردد، و مروّت عبارت از متابعت عادات نیک و اجتناب از عادات زشت است و....»[1]

برخی دیگر، عدالت را **«اجتناب مبتنی بر ملکه»** از گناهان شمرده‌اند.[2] ظاهراً اجتناب از زشتی‌ها، بنا به گفتهٔ شیخ اعظم انصاری، زمانی مبتنی بر ملکه، یا برخاسته از طینت انسانی است که، بدون توجّه به هر انگیزه و سائقی باشد.[3] این سخن، نظر امانوئل کانت را در انجام «وظیفه اخلاقی» تداعی می‌کند. کانت می‌گوید:

«... فرمان اخلاقی ـ که عدالت هم از همان قبیل فرمانهاست ـ به هیچ چیزی بسته و مشروط نیست، از جمله منفعت و...»[4]

شیخ بزرگ انصاری نیز می‌گوید، ترک از معاصی باید در شخص «ملکه» یا فطرت ثانوی شده باشد. بر این پایه، اگر برای مثال، خودداری از جرم و گناه و زشتی و پلشتی، برای جلب نظر دیگران یا ریا، و یا احساس شرم از مردم باشد، این شیوه دیگر برخاسته از «ملکه» نیست. نکتهٔ شایسته تأمّل و برجسته‌ای است، هرچند بسیار دشوار و دیریاب است: گفت آنچه یافت می‌نشود گشته‌ایم ما ـ گفت آنچه یافت می‌نشود، آنم آرزوست.[5]

برخی دیگر «استقامت بر شرع» را عدالت شمرده‌اند، آیت‌الله‌العظمی سیدمحسن حکیم در سخن کوتاهی می‌گوید:

«المَلِکَةُ المانعة غالباً، عَنِ الوقوع فی المعاصِی الکبیره»[6]

قید «کبیره» و نیز واژه «غالباً» محلِ توجه است. آیا اگر عدالت «ملکه» شود، نیازی به‌ذکر

---

۱. «... و هِیَ ملکةٌ نفسانیّةٌ باعثةٌ عَلی ملازمة التقوی الّتی هِیَ القیام بلواجبات و ترکُ المنهیّات الکبیرة مُطلقاً، والصغیرة مَعَ السرار علیها، و ملازمةُ المروّة الّتی هیَ اتباعُ مَحاسِن العادات وَ اجتناب مَساویها....» (زین الدین جبعَی عاملی، **شرح لمعه**، ج ۱، ص ۳۷۸) بی‌تا و بی‌جا.

۲. طوسی، شیخ محمدبن الحسن (شیخ الطائفه)، **النهایه**، محمدتقی دانش‌پژوه، دانشگاه، ۱۳۴۳.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، **مکاسب**، انتشارات اسماعیلیان، چاپ سوّم، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۱۶۵ و بعد.

۴. نک: عدالت در سنّت کانتی.

۵. شیخ بهائی، **کشکول**؛ **فیلسوف عدالت**، ص ۳۲۴، انتشارات تهذیب، ۱۳۸۱.

۶. طباطبائی حکیم، سیدمحسن، ج ۲، مسئله ۱۱، **منهاج الصالحین**، بیروت دارالتراث الاسلامی، ۱۳۹۵ ق.

قید «غالب» هست؟ همین قید شاید بیانگر این نکته است که منظور ملکه به معنای «فطر»ی بودن نیست، بلکه غرض همان طبیعت ثانوی است.

۲ـ تعریف محقق نراقی

محقق نراقی در تعریف از عدالت چنین نوشته است:

«عدالت عبارت از ملکه‌ای است که موجب انقیاد و اطاعت قوّه عملی از نیروی عقلی می‌گردد، به نحوی که هیچ کاری از آدمی سر نزند مگر به فرمودهٔ عقل، و این در صورتی حاصل آید که **ملکه** عدالت در وجود آدمیان استوار و مستقر شود، به گونه‌ای که همه حرکات و اعمال انسان، به‌روش اعتدال و تعادل صورت پذیرد.»[1]

تعریف نراقی (قدّس‌سره) با تعاریف مشهور عدالت فقهی، تفاوتهایی دارد، هرچند «انضباط» تعریفهای فقها را ندارد، امّا از عمق و غنای بیشتری حکایت می‌کند. ظرایف زیر در تعریف این دانشمند متضلع به چشم می‌خورد:

ـ عدالت را همانند فقهای دیگر «ملکه» می‌داند.

ـ اصطلاح «قوّه عملی»، شاید همان «عقل عملی» یا به‌طور کلی اعمال و رفتار و سکنات فرد است.

ـ بر جای «ترک محرّمات و انجام واجبات»، عقل یا «نیروی عقلی» را می‌نهد.

ـ در ذیل تعریف «تعادل یا اعتدال» را می‌گنجاند که، تعاریف فلاسفه یونان قدیم (ارسطو) از عدالت را متبادر می‌کند و...

... و طرفه‌تر آنکه فقها هم در تعریف و توصیف عدالت از واژه «ملکه» مدد جسته‌اند! پری‌روی پرده‌نشینی که در هر زمان و در هر مکانی گونه‌های متناسب می‌گیرد و در هیئت‌ها و مصادیق متنوّع چهره می‌گشاید. به گفته مولانا:

«هر لحظه به شکلی بت عیّار برآمد، دلبرد و نهان شد
هر گه به لباس دگر آن یار برآمد، گه پیر و جوان شد»[2]!؟

دقت در نمونه‌هایی از تعاریف (تعریف عدالت فقهی)، نشان می‌دهد، که این واژه اگر اطلاقی هم در «مفهوم» داشته باشد، در مصادیق، و در «زمانها و مکانها»ی مختلف، چنان متنوّع و متکثّر است که به «تعریف» جامع و مانع درنمی‌آید و «عرف» یا «عقل» یا «سیره عقلاء»

---

۱. نراقی، مولا محمدمهدی، **جامع السعادات**، بیروت، مؤسسه اعلمی، ۱۹۸۸ (۱۴۰۸) ج ۱، ص ۸۵ و بعد.

۲. مثنوی معنوی.

یا «عقل جمعی» و خرد زمانه است که مصادیق عدالت، ورع، کرامت، مروّت، مصلحت، جوانمردی و امثال و نظایر آن را مشخص و معلوم می‌دارد، و چنین است که تعریف محقق نراقی عمق و غنای افزون‌تری می‌یابد، امّا، بار دیگر به همان سخن نخست برمی‌گردیم که فیصله امور روزمرّه مردم و پاسخ گرفتن آنها برای زدودن مشکلات و مسائل روزانه، نیازمند تعریفی است که حتی‌المقدور «منضبط» و مفهوم و معیّن باشد. امّا این تعریفها (تعریف فقهاء) از عدالت، دلیل بی‌اعتنایی یا کم‌اهمیّت شمردن پدیده عظیم و عزیز عدالت نیست. توجّه به «داد» و دادگری در کلیّه معارف اسلامی، اعم از فقه، اصول، فلسفه، کلام، فلسفهٔ فقه، فلسفه سیاست، فلسفه احکام، در مناصب سیاسی و اجتماعی، در عرصه رهبری جامعه، و «امامت»، جهاد، جنگ عادلانه، قضاء و دادگستری، و به اصطلاح در «فقه المصلحه» و «فقه‌الحکومه» و یا احکام السلطانیه و به‌طور کلّی در عرصه‌های گوناگون مدیریت اجتماعی و سیاسی نقش بالا و والایی می‌یابد که قطعاً موجب ماندگاری «نظام حقوقی» و نظام دینی می‌گردد، و چه پرعمق و پرپهناست این کلام قدسی که فرمود: «**الملکُ یبقی مَعَ الکُفر و لا یبقی مع الظلم**»!![1]

رهبر کبیر انقلاب اسلامی، از زبان عارف بزرگ حضرت شیخ محمد بهاری، نقل فرموده‌اند که: در نزد شیخِ عارف، از کسی سخن می‌رود، آن بزرگ می‌گوید:

«کافرِ عادلی است»!؟

از او می‌پرسند «کافرِ عادل»!؟ پاسخ می‌دهد آری «کافر عادل»![2] یعنی که اعمال و رفتارش عادلانه است، امّا خدایی که او معتقد است خدا نیست!

هرچند سخن شیخ عارف، و خصوصاً نقل مکرّر سخن از زبان رهبر کبیری که خود «مرجع» دینی مردم است، در آغاز، اندکی سنگین و سؤال‌انگیز می‌نماید، امّا ژرف‌نگری بیشتر نشان می‌دهد که سخن آن عارف نامی، در حقیقت تفسیری بر کلام قدسی رسول خداست که ملک و حکومت با «کُفر» می‌ماند، با ظلم اما، هرگز، و چنین است که فقه دو رکن بسیار استوار و عظیمی را در تصدّی «مناصب» مدیریّتی و اجتماعی شرط لازم می‌داند: «علم و عدالت»

و ـ عدالت در مناصب اجتماعی

هرچند، در این بخش از بررسی، مرز مباحث «حقوقی» و فقهی از روال و روند معمول به خلاف آمد عادت نزدیک می‌شود، لیکن بحث خشک و خشن هم برای نویسنده و هم برای

---

۱. حدیث نبوی، **میزان الحکمه** و کتب دیگر حدیث.

۲. امام خمینی، روح‌الله، **تفسیر سوره حمد**.

خواننده، گاه خسته‌کننده می‌گردد، امّا به هر تقدیر، و به اصطلاح «**طرداً للباب**» هم که شده، پاره‌ای برهه‌ها «**خرق عادت**» هم مطلوب می‌نماید و فضای خشن بحث را دگرگون می‌سازد. حیات و حرکت و هستی «امام راحل»، بهترین نشان و مفسّر این ادعّاست. عارفِ فیلسوف و ادیب شاعری که در عین حال فقیه و «مرجع» تقلید، و رهبر یکی از نهضت‌های عمیق و عظیم تاریخ اسلام و انسان است، گواه آن است که می‌توان در دل کاوشهای فقهی و حقوقی هم، به عدالت و سیاست و راه و روند تاریخ نقب زد و به وادی‌های «عدل و ظلم» و «عقل وعلم» سرک کشید که چرا و چگونه نحله‌ها و مکاتبی در تاریخ اسلام و تاریخ فقه و حقوق پیدا می‌شوند که یکسره رو در روی «**عقل و عدل**» و تفکر و آزاداندیشی و حُریّت شیعی و اسلامی و علوی و قرآنی می‌ایستند؛ آنگاه همین اندیشه غیراسلامی، و خلاف تعالیم قرآن، قرنها سلطه و سیطره‌ای به هم می‌زند و از هرچه بوی عقل و عدل و آزادی و اندیشه می‌دهد، بدش می‌آید، بل، که قیافه‌ای سخت «حق به جانب» می‌گیرد و بر «علی(ع)» هم می‌تازند که می‌گوید قرآن ناطق منم، و آنچه «معاویه» بر سر نیزه کرده قرآن نیست، حیله است و چه می‌گوییم؟ «حیله شرعی»! و بدین‌گونه «قرآن» این کتاب عزیز و عظیم، حتی از سندِ استدلال و استنباط بودن هم به کنار می‌رود، اما اخبار، حتی اخبار «آحادی» که سندش گاه به ابوهریره و ابودرداء و ابوموسی اشعری می‌رسد «**حجّیت**» و «**سندیّت**» می‌یابد، و از این امواج وحشی انحرافِ از «**کتاب و عترت**»[1]، «اشاعره» و «ظاهرّیه» و اخباریانی چند آتشه سبز می‌شوند که با عقل و عدل و تفکر سر سازش ندارند و به گفته فیلسوف فقیه شهید، استاد مطهری، قرنها بر در باب «اجتهاد» و اندیشه قفل می‌زنند[2] و آن همه جمود و جهالت و جور بر تاریخ اسلام و عدالت مظلوم، حاکم می‌شود، تا روزگاری که مردانی چون نائینی و سیدجمال‌الدین اسدآبادی و محمد عبده و اقبال لاهوری و آخوند خراسانی و میرزای شیرازی چهره واقعی فقاهت و اجتهاد را برملا می‌کنند و یک فتوا ـ آری تنها یک فتوا ـ کاخ ستم شاهان را به هم می‌ریزد و حرکت یا «واقعه رژی» را سامان و سازمان می‌دهد، و قلعه‌ها و دژهای تو در توی «اسلامبول» را هم به تکاپو می‌کشد که دوباره باید «**باب اجتهاد**» مفتوح گردد و قفلها شکسته شود و در برابر یورش بی‌امان صهیونیزم و «تجدد»، **دفائن عقول حتی‌الوسع والامکان**، جوش و خروشی پیدا

---

۱. انی تاركٌ فيكم الثقلين، كتاب‌الله و عترتی.

۲. «سدّ باب اجتهاد»، در قرن چهارم، یا به گفته برخی در قرن ششم قمری رخ داد، استاد مطهّری، **ده گفتار**، ص ۶۰ و بعد و نیز مرحوم کاشف‌الغطاء در **کشف‌الغطاء**، ج ۱، ص ۲۰ و بعد.

کند و امپراتوری عثمانی که قرنهاست در خواب غفلت و بی‌خبری فرو خسبیده بیدار گردد و به تقلید از دیگران هم که شده، یا به اکراه و اجبار هم که شده، «**مجلّة الاحکام**»[1] را بنویسد و

---

۱. «مجلّة الاحکام»، یا مجله احکام عدلیه، در واقع قانون مدنی عثمانی است که توسط «انجمن جمعیّت مجله» (مجلّه جمعیتی). مرکب از هفت نفر به ریاست «احمد جودت پاشا»، ناظر دیوان احکام عدلیه، تنظیم و تدوین گردید. اعضای این انجمن عبارت بودند از: احمد خلوصی، احمد حلمی، محمدامین جُندی، سیف‌الدّین، سید خلیل، و شیخ محمد علاءالدین بن عابدین (صاحب کتاب **ردّ المختار** ـ معروف به حاشیه ابن عابدین، ۱۸۳۶). سبب تقریر « مجلّة الاحکام» را، خود انجمن در سال ۱۳۸۶ هـ (۱۸۶۹ میلادی)، در گزارش به صدر اعظم وقت، عالی پاشا، این گونه بیان می‌کند:
«علم فقه دریایی است بیکران، و استخراج گوهرها، و مرواریدهای آن، متوّقف بر دارا بودن ملکه کلّی و مهارت علمی است... پس جدا کردن قول صحیح از میان آن همه عقاید و نظرات گوناگون، و تطبیق قضایا بر آنها، سخت دشوار است، بعلاوه با گذشت زمان، مسائلی که بر پایه عرف و عادت استوار است، در معرض تغییر قرار گرفته است و...» (شرح المجلّه، سلیم رستم باز، دارُ احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۳۰۴ و ۵ هـ.)
انجمن مجلّه از سال ۱۲۸۵ (۱۸۶۹ م) آغاز به کار کرد، و مقدّمه و کتاب اوّل مجلّه را به شیخ الاسلام و دیگر مقامات عرضه کرد، و تهذیب و تعدیل لازم در آن را، به عمل آورد. آنگاه اعضای جمعیت این وظیفه را در میان خود تقسیم کردند، و هر گروه به قسمتی پرداختند، ولی رئیس انجمن، در تنظیم کلیه ابواب شرکت داشت، و در سال ۱۲۹۳ هـ (۱۸۷۶م) کار آنان پایان یافت.
محتویات «المجلّة» مشتمل بر یک هزار و هشتصد و پنجاه و یک (۱۸۵۱) مادّه است، که از یک مقدمه، و شانزده کتاب تشکیل می‌شود. مقدّمه از یکصد مادّه فراهم آمده که مادّه اول در تعریف دانش فقه و تقسیمات آن، و بقیه مواد در بیان قواعد کلّی و عمومی می‌باشد. «کتاب»ها و بابهای «المجلّه» عبارتند از: کتاب بیع، اجاره، کفالت، حواله، رهن، امانات، هبه، غصب و اتلاف، حجر و اکراه و شفعه، شرکت، وکالت، صلح و ابراء، اقرار، دعوی، بیّنات و سوگند، و نهایتاً کتاب قضاء.
«المجلّه»، به زبان فقهی عربی بسیار متین، استوار و قوی نوشته شده، افسوس که در مورد احکام عبادی و کیفری، وارد نشده، و در مورد نکاح و طلاق و احوال شخصیه و نفقات و... بحث نکرده است. (به کتاب **التشریع الاسلامی**، دکتر صبحی محمصانی رجوع فرمائید. این کتاب توسط آقای اسماعیل گلستانی به فارسی ترجمه و برگردان شده است.) (**قانونگذاری در اسلام**، ناشر یزدانی، ۱۳۴۶).
بر «مجلّة الاحکام» شرح‌های متعددی نوشته‌اند. عاطف‌بیک، رشید پاشا، وجودت پاشا به زبان ترکی، و همچنین مسعود افندی مفتی سابق، تحت عنوان «مرآة مجلّة الاحکام العدلیه» (۱۲۹۹ هـ) در اسلامبول به چاپ رسیده، و سلیم رستم باز لبنانی، کار افندی را دنبال کرده و بارها به چاپ رسیده است.
اما برترین و معروف‌ترین شرح را علی حیدر رئیس دیوانعالی کشور عثمانی بر «المجلّة» نوشته است که به «دُرَرُ الاحکام فی شرح مجلّة الاحکام» معروف است. علی حیدر، امینِ فتوا و وزیر دادگستری و استاد سابق مجلّه، در دانشکده حقوق اسلامبول بود. این تفسیر نشانگر توانایی و احاطه علمی شارح است.
تفسیر دیگری که آن را ندیده‌ام تفسیری است، که گویا فقیه نامدار کاشف‌الغطاء بر آن نوشته و به چاپ رسیده است (همان ص ۸۰ و بعد).

دوباره فریاد و فغان که ما هم «**عدالتخانه**»[1] می‌خواهیم! «عدالت» و «عقل» و «حُرّیتِ»ی که به یقین ریشه قرآنی آن کم نیست و، همان فلاسفه و فقهای مظلوم، امّا بیداری که در عین اختناق و سبعیّت شاهان و فراعنه، به‌هرصورت ممکن اصولی، و قواعدی را تدوین می کردند. مردانی چون صدرالمتألهین، شیخ بهائی، وحید بهبهانی و... که: «**اصل عدم ولایت انسان بر انسان است**»[2] مگر دلیلی باشد که «ولایت» را تأیید و تصویب کند و یا فریاد می‌زدند که: «الملکُ یبقی مع‌الکفر، ولا یبقی مع‌الظلم»![3] و...

با این همه، و با آن همه تأکید قرآن بر «عقل و علم و عدل»، در کشاکش تاریخ و قدرت، علی و آل علی (ع) که منادی عدل و توحیدند، منزوی می‌شوند و به جای عدالت قرآنی، «عدالت صحابه»![4] تکیه می‌زند، و به جای خود «عدالت» هم، اصل «امنیت» می‌نشیند،

---

۱. «عدالتخانه»: در جریان مشروطیت و پس از قضیه «نوز بلژیکی» و «به فلک» بسته شدن برخی از بازرگانان که به‌دستور علاءالدوله حاکم تهران انجام شد، و همچنین مهاجرت سه مجتهد نامدار: شیخ فضل‌الله نوری، آیت‌الله بهبهانی و طباطبایی به حرم حضرت عبدالعظیم که حدود یک ماه به طول انجامید، و مراجعت پیروزمندانه آنها و حمایت مردم، خواسته علما و مردم که از جمله آن خواسته‌ها تأسیس «عدالتخانه» بود، تحقق پذیرد. عدالتخانه مجلسی بود که در آن جمعی از بزرگان، باید براساس شرع به مشکلات مردم رسیدگی می‌کردند. وظیفه عدالتخانه تنظیم نظام قضایی و جلوگیری از ستم حکام بود (ر.ک: **انقلاب اسلامی ایران**، ویراست چهارم، جمعی از نویسندگان، نشر معارف، ۱۳۸۵).

۲. اصل «عدم ولایت انسان بر انسان» است. در این زمینه توضیحات زیر بسیار مغتنم است:

«... بیرون از معاملات، و مسئولیت مدنی هم، عدل به عنوان منبع حقوقی مورد استناد قرار می‌گیرد:

الف: اصل عدم ولایت افراد جامعه بر یکدیگر... **این اصل را تاکنون فقط در فقه امامیه دیده‌ام**. پایه این اصل حس عدالت و مساوات است. برابر بودن انسانها با یکدیگر بی‌نیاز از ارائه دلیل است. خروج از نابرابری و ترجیح انسانی بر انسان دیگر محتاج به دلیل است. وقتی که دلیل بر ترجیح نباشد، اصل این است که همه با یکدیگر برابر و مساوی هستند. چون ولایت یک نفر بر دیگری، مستلزم تسلط ولی، بر مولّی علیه است، و این یک نابرابری به شمار می‌آید. طبق اصل مساوات و عدالت، ناگزیر باید این ولایت بدون دلیل را نفی کرد. قدرت عمومی جامعه باید به وسیله همگان (اکثریت) اعمال شود. دموکراسی از همین اصل سرچشمه می‌گیرد. قواعد اسلامی با دموکراسی سازگار است. اگر در ازمنه گذشته گروهی دست به تصاحب قدرت‌زده و به دموکراسی مجال نداده‌اند برخلاف اصل عدم ولایت افراد جامعه بر یکدیگر عمل کرده‌اند. این یک نتیجه مربوط به حقوق عمومی است. اما در حقوق خصوصی ... (لنگرودی، **حقوق اسلام**، ص ۱۸۹، گنج دانش، ۱۳۵۸).

۳. نک: ری‌شهری، محمد، **میزان الحکمه**.

۴. «عدالت صحابه»: «... در میان علمای اهل سنّت، عدالت صحابه، به عنوان یک اصل مسلّم پذیرفته شده است. به این معنا که هرکس مصاحبت با پیامبر را درک کرده باشد، عادل است.» (ابن‌اثیر، عزّالدین **اُسدالغابه فی معرفة الصحابه**، ج ۱، ص ۳، داراحیاء التراث العربی، بیروت (بی‌تا).).

و در کرسی اندیشه و تعقل، جمود و جبر و جهالت و تسلیم، آن هم در پیشگاه کارگزاران و زمامداران خود سری که به گفته آن بزرگ (شادروان دکتر شریعتی)، «عمامّه» پیامبر بر سر نهاده و خلیفه مسلمین شده‌اند و به گفته یکی از محققان برهان می‌آورند که:

«هرچه خدا کند عین عدل است، هرچه انسان می‌کند کار خدا است(جبر)

پس: هرچه خلیفه (معاویه هم) می‌کند، عین عدالت است»[1]

و شگفتا از این تئوری «جبر» که چه‌ها و چه‌ها نکرده است. آنگاه مفتیان خودی دربار خلفاء، «حکومت تغلبیّه» یا «ریاست سلطه» را بر «حکومت عدل» و حاکمیّت ستم و بیداد را بر حکومت الهی و مردمی ترجیح داده، و نفس قدرت و اقتدار را، عین صلاح و مصلحت معرفی می‌کنند. و بر «حُرّیت» انسان، انسانی که خداوند او را به هر صورت بر **«سرنوشت اجتماعی»** خود حاکم ساخته است،[2] مقدّم می‌دارند و اصل را بر «حقانیّت سلطان» می‌نهند، هرچند ستمکار و خونخوار، امّا «مسلّط و غالب» باشد و ... وقس علیهذا![3]

ز ـ فقها و عدالت در مناصب اجتماعی

برخی از فقیهان بزرگ از مذاهب اهل سنّت بر شرط «عدالت» در مناصب اجتماعی و سیاسی، مانند امامت (رهبری امت)، قضاء، گواهی (شهادت در دادگاه)، امامت جمعه و جماعات و امثال اینها تأکید کرده‌اند. قاضی ابی‌یعلی می‌نویسد: «حاکم و رئیس دولت اسلامی، باید کلیّه صفات قاضی را داشته باشد، و از آن جمله عدالت است»[4]

امام محمد غزالی هم، در کتاب ماندگار خود **احیاء علوم‌الدین**،[5] در برخی موارد سخت بر عدالت در کارگزاران و زمامداران حکومتی پای می‌فشرد، و به فقدان عدل و دادگری در عصر خود بشدّت اعتراض می‌کند، خصوصاً این فریاد اعتراض و شکوه در **مقدمه احیاءالعلوم** دیدنی و خواندنی است، و حتی در آن کتاب با قلمی بسیار شیوا و محکم، داستان نامه‌ای را نقل می‌کند که از سوی «هارون الرشید» خلیفه عباسی برای «ثفیان ثوری» ارسال می‌شود، امّا ثفیان، پاسخ بسیار تندی را به هارون می‌دهد، و در برابر یاران خود هرگز به نامه

---

۱. محمدی ری شهری، محمد، **عدل در جهان‌بینی توحیدی**، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۴.
۲. قانون اساسی، اصل ۵۸.
۳. ماوردی، ابوالحسن **الاحکام السلطانیه**، ص۶۶ و ۷۷، مکتبة مصطفی البابی، قاهره، ۱۳۹۳.
۴. ابویعلی، ابن فراء، **الاحکام السلطانیه**، ص ۴ و ۵ مصر، ۱۳۵۶ هـ، بی‌جا.
۵. غزالی، ابوحامد (امام) محمد، **احیاءُ علوم‌الدین**، ج۱ مقدمه، بیروت، دارالفکر ۱۳۵۶ هـ. ق.

هارون به عنوان خلیفه‌ای که در عصر او ستم و بیداد، بیداد می‌کند دست نمی‌زند و دامن به آن نمی‌آلاید و...[۱]

امّا، این روند، هرگز ادامه نمی‌یابد و در فقه اهل سنّت نه تنها **«بیعت»** در انتخاب خلیفه فراموش می‌شود، بلکه در توجیه نحوه خلافت خلفای اموی و عباسی، که با قهر و ستم پای گرفته است، به مشروعیتِ خلافتِ **«شوکت و استیلا»** گردن می‌نهند.[۲]

شادروان دکتر حمید عنایت نیز معتقد است که امامت قهریّه بعد از دورهٔ خلفای راشدین در جهان اهل سنّت به عنوان نظر غالب درآمد و برخی از فقها و دانشمندان عامّه توجیه‌گر چنان روش حکومتی شدند. به صورتی که والاترین ارزش در سیاست، به‌جای «عدالت» تئوری ثبات و امنیّت گردید.[۳] دیدگاهی که بر تأیید و تصویب همهٔ خلفا، و تأکید بر اقتدار و ولایت الهی آنان تکیه می‌کند و از نظر کلامی بر نظریه «جبر» و لزوم اطاعت، استوار است.[۴] ... بر همین اساس برخی از فقهاء اهل سنت مانند تفتازانی، شربینی، فضل‌الله‌بن روزبهان خنجی و امثال اینها این‌گونه فتوا داده‌اند: «خلیفه حتّی به فسق هم منعزل نمی‌شود»[۵]

«راه سوم از راههای انعقاد امامت آن است که فردی که دارای شرایط خلافت است، پس از مرگ امام، منصب امامت و مملکت را با قهر و غلبه به دست گیرد، و به نظم امور مسلمانان بپردازد، اما اگر بر امام زنده غلبه کند، که او نیز از راه زور امامت را به دست آورده باشد، امامت برای امام غالب منعقد می‌شود، هرچند معصیت کار است.»[۶]

شگفتا که غصب حق، و انزوا و مظلومیت «عترت» و اهل بیت پیامبر از کجاها

---

۱. اصغری، سیدمحمد، **مسئولیت همگانی**، (امر به معروف و نهی از منکر)، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۹، ص ۱۳۰ و بعد.

۲. شجاعی زند، علیرضا، **مشروعیت دینی دولت، و اقتدار سیاسی دین**، ص ۲۷، تبیان، تهران، ۱۳۷۶.

۳. عنایت، دکتر حمید، **اندیشه‌های سیاسی در اسلام معاصر**، ص۳۳، ترجمه بهاءالدین خرمشاهی، خوارزمی، ۱۳۶۶.

۴. فیرحی، داوود، مبانی اندیشه‌های سیاسی اهل سنت، حکومت اسلامی، سال اول، شمارهٔ دوم، ۱۳۷۵، ص۱۲۸.

۵. روزبهان خنجی، فضل‌الله، **سلوک‌الملوک**، مقدمه و تصحیح، محمدعلی موحد، ص۷۹، خوارزمی، تهران، ۱۳۶۲ ش.

۶. شمس‌الدین، محمدمهدی، **نظام حکومت و مدیریت در اسلام**، سید مرتضی آیت‌الله‌زاده شیرازی، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.

سردرآورد؟ چیزی که حتی تا قرن چهاردهم هجری، در همین ایران، ادامه داشت، و به بهانه دفاع از «بی‌باکی» و «بی‌اعتنایی» امثال ابوحنیفه، به اصطلاح در مملکت امام صادق، بر «امام صادق»(ع)، یورش می‌بردند و بر شیعه و پیشوایان مظلومش می‌تاختند، و دستگاه حاکم هم این موجودات را حمایت و تقویت می‌کرد. برخی از این عناصر بیمار و مغرض، که از بد حادثه، قبل از انقلاب اسلامی، در دانشکده الهیّات و معارف اسلامی هم رخنه کرده بودند، و بر هرچه بوی دین و آئین و عدالت و «عترت» می‌داد حمله می‌آوردند و... که البته این «خاطرات» یا داستانهای «تلخ و شیرین»! سر دراز دارد، و: «... این زمان بگذار تا وقت دگر»![1]

... به هر صورت، جایگزینی یا جای‌نشینی، امنیّت در منزلت «عدالت»، و مشروعیت «سلطنت یا امامت استیلا»، میدان را بر قهر و استبداد باز کرد و فضایی را سامان داد که قرنها از جامعهٔ «عدل» محمدی و علوی (ص) فاصله گرفت، و سرنوشت و سرشتی! را بر جوامع اسلامی رقم زد که تغییر و دگرگونی آن بسیار دشوار گردید. شادروان عنایت در همین باره می‌نویسد: «شهادت ناگوار تاریخ نشان می‌دهد که بیشتر مسلمانها، اغلب تن به رژیمهای استبدادی داده‌اند.»[2]

در ادامه، کار به باریکه‌هایی کشید که پذیرفتن ضرورت حکومت قوی، (امامت سلطه)، به توجیه و تأیید «استبداد» منتهی شد، آن هم به نام دین که مصیبتی مضاعف بود، و طرفه‌تر آنکه، گاه موضع ستم و «استبداد» هم تقدیس گردید،[3] آنگاه دوره دیرپای رخوت و رکود در اندیشه سیاسی، و در تمامی شئون و عرصه‌های فکری و فرهنگی آغاز شد که بیگمان تلاشی امپراتوری عثمانی را در پی داشت، و تا طلوع انقلاب اسلامی همچنان بر جوامع اسلامی سایه افکنده بود و... امید که انقلاب عزیز اسلامی بتواند آن سایه شوم و دژم را به یک سو زند و بار دیگر نقاب از چهرهٔ معصوم «عقل و عدل» برگیرد.

ح ـ فقهای شیعه، و عنصر عدالت

هرچند هم‌سنجی و مقارنهٔ مواضع فقهای امامیه با فقیهان عامه دارای جهات تفارق و دوگانگی و دوگونگی پرشماری است، اما به هر تقدیر فقهای شیعه، با پیروی از اهل بیت

---

۱. در این مورد نگاه کنید به:اصغری، سیدمحمد، **قیاس و سیر تکوین آن در حقوق اسلام**، ص ۵۰ و بعد، انتشارات امیرکبیر، و انتشارات کیهان.

۲ و ۳. عنایت، دکتر حمید، همان، ص ۳۰ و بعد.

پیامبر (ص) (عترت) و با چنگ زدن به «عروة الوثقا»ی امامت و عصمت، و خصوصاً با اعتقاد به مکتب «**انتظار**» که می توانست، در عین حال مکتب «**اعتراض**» بر ستم و ستمگران هم باشد، توانستند همواره همراه و هماهنگ با تئوری عدالت، باشند آنها هرگز به بهانه نظم و ثبات و «امنیّت»، در چاه ویل استبداد و تقدیس استبداد نیفتادند.

هم‌سنجی و مقایسه ایستارهای فقهای امامیه و فقهای جمهور، بدین لحاظ محمل درستی ندارد[1] که دانشمندان عامّه در واقع، هماغوش با مسئولیتها، و خطرات بودند، و به گفته آیت‌الله موسوی اردبیلی در یکی از جلسات شورای عالی قضائی (۱۳۶۱)، «**آنها «احکام السطانیه» داشتند و ما نداشتیم**»!؟

آنها در گیر و دار مدیریت اجتماعی و مسئولیت ادارهٔ امپراتوری عظیمی گرفتار بودند که از «هفتاد و دو ملت» با عقاید و اخلاق و آداب و زبان و فرهنگ و سرزمینهای مختلف و نژادهای گوناگون، تشکیل یافته و از ملل و نحل مختلف مایه می گرفت. اداره امپراتوری با آن همه گستره و عمق و پهنا، و تأمین نظم و وحدت و انسجام و امنیت کار خُردی نبود، و ازسوی دیگر تنظیم و هماهنگ‌سازی **عدالت** و **امنیت** هم، باز نه کار خرد، که مسئولیتی سخت سنگین و پیچیده بود. تئوری دوران‌سازی که دو مکتب «**اصالت فرد**»[2]، و «**اصالت جامعه**»[3] را، حتی در عصر ما رو در روی هم قرار داده و تعریف «عدالت» را، در آن دو مکتب فلسفی و اجتماعی گاه با یکصد و هشتاد درجه انحراف ارائه نموده است. در یکی عدالت حمایت از آزادی تام و تمام «فرد» است و جامعه موجودی غیر اصیل و اعتباری، و در دیگری، تمام اصالت و واقعیت از آنِ «جامعه» و دولت است، و فرد موجودی طفیلی است که هرچه دارد از جمع و جامعه دارد.

امّا، همان‌سان که اشاره شد، عقیده به «امامت»، و باور به اصل «عدل»، و منبع فقهی قراردادن «عقل»، و نیز در «انتظار» فرج و امامت امام عادل بودن، در مجموع مصونیتی را برای فقهاء شیعه رقم زده بود، که فتوایی نمی‌توانست از این اصول و موازین عبور کند و عدالت را

---

۱. البته لمبتون در هم‌سنجی عملکرد فقهای شیعه می گوید: «... هیچ متفکر شیعی، کاری را که ماوردی، و غزالی برای اهل سنّت کردند، برای شیعه نکرد... پرهیزکاران شیعی در جستجوی کسی بودند که سلطنت آسمان را بر روی زمین مستقر کند، و به همه شرارتها در این جهان پایان بخشد. آنان در انتظار ظهور مهدی (عج)... خود را از مشارکت فعّال در امور دولت پس کشیدند و...» (**نظریه‌های دولت در ایران**، ص۶۹ و ۷۰، چنگیز پهلوان، کتاب آزاد، تهران ۱۳۵۹).

2. Undividualisme
3. Sosialisme

در پیشگاه امنیت ذبح نماید.[1]

شاگرد مبرّز «آخوند خراسانی»، مرحوم میرزا نائینی، از فقهای کم‌نظیر و اندیشمند امامیه است که هرچند چون حضرت سیدحسن مدرس، وارد مبارزه عملی نمی‌شود، اما، نظرات بنیادی و تاریخ‌ساز او چه در فقه و چه در دانش «اصول فقه» و چه در عرصه‌های سیاسی و اجتماعی، نقطه عطفی در تاریخ حقوق و «فقه امامیه» است، و کتاب کم حجم اما عمیق و سرشار او که بزرگ دیگری چون «آیت‌الله طالقانی»، بر آن مقدمه نوشته، از عمق و غنای افکار و اندیشه سیاسی نائینی حکایت دارد. تأمّل در اسم کتاب آیت‌الله نائینی، نمودار عمق افکار او و ترسیم کننده نظرات فقهی عدالت، در فقه شیعه است. اسم کامل کتاب این است:

«تنبیهُ الاُمّة و تنزیهُ الملة، فی لزومِ مشروطیّة الدوله المنتخبة، لتقلیل الظلم علی افراد الامة»!

نویسنده در کتاب مذکور، کیفیّت سلطنت و استیلاء «سلطان» را دو گونه معرفی و بر دو نوع «تملیکیّه و ولایتیّه» تقسیم می‌کند. نوع اوّل را «مالکیت مطلقه و فاعلیّت مایشاء» می‌داند که در این گونه از حکومت مردم کاره‌ای نبوده، و محکوم ارادهٔ «سلطان»اند، لیکن قسم دوّم «ولایت بر اقامهٔ مصالح نوعیه» است، ولایتی که: «**به همان اندازه**» مشروط است. یعنی محدود به ولایت در «مصالح نوعیه» است که، آن را، و فقط آن را سلطنت مشروطه اسلامی می‌شمارد، و اساس و پایه آن را هم «مشارکت تمام ملت در نوعیات مملکت، بر مشورت با عقلای امت که عبارت از شورای عمومی ملی است»[2] نائینی در جمله کوتاهی می‌گوید: «... حفظ همان درجه مسلّمه از محدودیت سلطنت اسلامیه... متفق علیه امت، و از **ضروریات دین** اسلام است.»

طرفه آنکه، با این همه قید و شرط، نه تنها نائینی، بلکه به طورکلی مجتهدان طرفدار مشروطیت، نظام مشروطه را همان نظام آرمانی شیعه معرفی نمی‌کنند، بلکه در حقیقت، این‌شیوه از حکومت را دفع اَفسد به فاسد می‌دانند؛ محقق نائینی، نظام حکومتی مشروطه را به «**کنیز سیاه**»ی تشبیه می‌کند که در هم‌سنجی آن با حکومت استبدادی، دستهای خونین خود را شسته، اما سیاهی رنگش کماکان باقی است. زیرا که به هر تقدیر این شیوه از حکومت «غصبی» و غاصبانه است.[3]

البته نظر مذکور به این معنا نیست که هیچ فقیه شیعی، در هیچ زمان با دستگاه شاهان

---

۱. نک: علّامه امینی، **شهداءُ الفضیله**: همین کتاب کوچک نشان از ۴۰۰ دانشمند یا فقیه شهید شیعی دارد.

۲. نائینی، **تنبیه‌الامه و تنزیه الملّه**، ص ۸۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸.

۳. همان، ص ۷۶.

همکاری نکرده است، بلکه در بین دانشوران شیعی، اصل بر «اعتراض» و عدم همکاری بوده است، مگر دلیل موجهی برای توجیه و همکاری باشد، اما در دیدگاه **عامّه** و در گذر قرنها، حاکمیت استیلا، و اطاعت از حکومت غالب «**اصل**» اصیل گردید. خصوصاً با توجه به «سدّ باب اجتهاد» که با ایجاد محدودیت رمق از دیگر مجتهدان گرفت، هرچند برخی در آن سد عظیم رخنه کردند، و «مبادرت به صدور فتوا» هم نمودند.[۱]

همان‌طور که برخی از پژوهشگران توجه کرده‌اند[۲] سه رویکرد در میان فقهای شیعه (در مواجهه با دولتها و حکمرانان) قابل تشخیص و دسته‌بندی است:

۱ـ رویکرد فعّال گرایانه

در این رهیافت در حقیقت، دین نه تنها از سیاست جدا نیست، بلکه فقیه و جامعه اسلامی موظف به دخالت در امور، ملزم به «امر به معروف و نهی از منکر» و مکلف به مبارزه با هرگونه کژی و انحراف است (... **و ما اَخَذَ الله علی العلماء ان لایُقاروا علی کظّة ظالم و سَغَبِ مظلوم**).[۳] در این نگرش، جهاد و مبارزه و بیان سخن حق «**افضل الاعمال عندامام جائر**» است، و اوج چنین وظیفه، و جهاد و اجتهاد، همان است که در «**عاشورا**» و نهضت جاوید حسین بن علی (ع) در کربلا، چهره می‌گشاید و اسوهٔ انقلابها در تاریخ شیعه می‌گردد. کم نبودند مردانی که چون ابوذر غفاری، حتی در تنهایی و غربت هم فریاد می‌زدند و بر قدرتمندانی چون «خلیفه»، اعتراض می‌کردند.

توجه به نظرات و «مکتوبات» زیر گویای حقایق جالبی است. کسروی می‌نویسد:

«... آخوند خراسانی، و حاجی تهرانی، و حاج شیخ مازندرانی و همراهان اینان... چون به کشور دلبستگی داشتند، و آن را در دست دربار خودکامه قاجاری رو به نابودی می‌دیدند، برای جلوگیری از آن، مشروطه و مجلس شورای ملّی را دربایست می‌شمردند و ...»[۴]

سخن بالا را، تلگراف علمای نجف مانند صاحب **کفایه** و همراهان ایشان تأیید می‌کند. این تلگراف در جریان مشروطه، برای مقامات حکومت عثمانی ارسال شده است.[۵]

---

۱. محمصانی، (دکتر صبحی محمصانی)، **التشریع الاسلامی**، ترجمه فارسی: **قانونگذاری در اسلام**، ترجمه اسماعیل گلستانی، یزدانی، تبریز، ۱۳۴۶. بحث انواع اجتهاد، (بی‌تا).

۲. دکتر جمشیدی، محمدحسین، **نظریّه عدالت**، ص ۴۱۶، انتشارات پژوهشکده امام خمینی، سال ۱۳۸۱.

۳. امام علی بن ابیطالب (ع)، **نهج‌البلاغه**، خطبه ۳، فیض الاسلام.

۴. کسروی، احمد، **تاریخ مشروطه**.

۵. حائری، شادروان دکتر عبدالهادی، **تشیع و مشروطیت در ایران**، ص ۳۳۸ و ۳۳۹، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۱.

«... ما آگاه شدیم که اهریمن (!)، با فریبکاری‌های خود شاه ایران را تحت اطاعت و سیطره خود در آورده است، هم او بود که قرآن را حقیر شمرد... مردم را کشتار کرد و هرگز یک گوش شنوا نداشت. اسلام عالی‌ترین چیزهاست... امید آن است که آثار **استبداد** ریشه‌کن شود و پیوندهای برادری، وحدت و برابری میان تهیدست و ثروتمند مستحکم گردد و از قشر ستم‌زده در برابر ستمکاران حمایت شود.

آیا احکام اسلامی، بدون یک رژیم مشروطه (مبتنی بر قانون) هرگز می‌تواند اجرا گردد؟ آیا چگونه ممکن است که امر به معروف و نهی از منکر، جز از راه نابود ساختن استبداد صورت گیرد؟ امیدواریم که شما با کمک به این ملّت نجیب (ملت ایران) قلب شریعت را که از اعمال محمدعلی شاه مجروح گردیده است، التیام بخشید، مسلم است که محمدعلی شاه به‌کیفر جنایات خود خواهد رسید (همان‌گونه که قرآن بر آن مطلب ناطق است): وسیعلم الذین ظلموا، ایّ منقلب ینقلبون».[1]

۲ـ رویکرد پرهیز، یا پارسا گرایانه

مسلک برخی از فقهای امامیّه، هرچند بنا به دلائل و توجیه‌هایی (مانند دلایل: در اقلیّت بودن، «عِدّه و عُدّه نداشتن»، ترس از متلاشی شدن حوزه‌های علمیه نوپا، حضور و سوءاستفاده فرقه‌های فکری و فرهنگی دیگر، وجود دشمنان خارجی، استناد به ضرورت و اضطرار و اعتصام به «تقیّه» و امثال اینها)،[2] پارسایی، زهد و سکوت، و به تعبیر برخی عدم دخالت و نوعی از «مبارزه منفی» در برابر «حکّام جور» و «عُمّال ظلمه» بوده است.

مشی کلّی فقهای شیعه، حتّی آنها که به گفته برخی، اهل انقلاب و مبارزه نبوده، و گاه شیوه سکوت و مبارزه منفی را انتخاب کرده‌اند، باز هم نمی‌توانست، با «ظلمه» یا کارگزاران غیر عادل همکاری و همنوایی باشد. شاید بتوان میرزای قمی (صاحب قوانین) را در صف این مجتهدان آورد. او در مورد پرداخت مالیات به دولت، بر این باور است: «آنچه را سلاطین جور شیعه می‌گیرند، از خراج اراضیِ خراجیّه، حلال نیست، مگر آنکه، به اذن مجتهد **عادل** باشد، و گیرنده هم از مصالح عامّه باشد (محسوب شود)، مثل طلبه علوم و ائمه جماعات و امثال آنها.»[3]

---

۱. شعراء/ ۲۲۷.

۲. دکتر فیض، علیرضا، **مبادی فقه و اصول**، ص ۵۰ و ۲۵۰، انتشارات دانشگاه، ۱۳۶۱ و کتاب «مرجعیّت و روحانیت»، مقاله استاد شهید مطهّری.

۳. قمی، میرزا ابوالقاسم، **جامع الشتات**، ج ۱، ص ۴۴، تهران، رضوان، (بی تا).

این دانشمند نامدار می‌نویسد:

«... من نمی‌دانم چه خاک بر سر کنم. یک جا می‌شنوم که می‌خواهند لقب «اولی‌الامر» بودن به شاه بگذارند که مذهب اهل سنت، و خلاف مذهب شیعه است ... و امّا حکایت اولی‌الامر بودن پس آن نیز بالیقین باطل است... و امر الهی به وجوب اطاعت مطلق سلطان هرچند ظالم و بی‌معرفت به احکام الهی باشد قبیح است... پس عقل و نقل ضدّند (باهم‌اند) در اینکه کسی را که خدا اطاعت او را واجب کند، باید معصوم و عالم به جمیع علوم باشد، مگر در حال اضطرار، و عدم امکان وصول به خدمت معصوم، که اطاعت مجتهد **عادل** مثلاً، واجب می‌شود. اما در صورت انحصار امر در دفع دشمنان دین به سلطان شیعیان، هرکس خواهد که باشد، پس نه از راه وجوب اطاعت او، بلکه از راه وجوب دفع، و اعانت در رفع تسلّط اعادی، و نسبت بر خود مکلّف، گاه هست که واجب عینی می‌شود بر او، گاهی کفائی»[1]

... «شیخ جعفر کاشف الغطاء» نویسنده کتاب پرآوازهٔ **کشف‌الغطاء**، را در زمرهٔ فقهایی دانسته‌اند که با «فتحعلی‌شاه قاجار» و عباس میرزا، روابط خوبی داشته است،[2] لیکن، هرگز حکومت او را یک حکومت اسلامی نشمرده و اجازه نمی‌داده که شاه بدون تأیید علماء، حکومت خود را مشروع قلمداد کند. شادروان عبدالهادی حائری به موضوع قابل تأمّلی اشاره کرده، و می‌نویسد:

«... درخور نگرش است که کاشف‌الغطاء، به‌رغم آن همه شرایط، ویژگی‌ها و محدودیتهایی که در مورد حمایت خود از فتحعلی‌شاه، و دخالت وی در امور مسلمانان یادآوری کرده، باز هم سخت مورد اعتراض داماد مجتهد خود، سیّد صدرالدین عاملی، معروف به صدر اصفهانی (مرگ ۱۸۴۷/۱۲۶۴)، قرار گرفته است.

سیّد صدرالدین صدر (مرگ ۱۳۳۲ خورشیدی)، نواده پسری صدر اصفهانی، و از علمای پیشین قم، روزی در یکی از جلسات تدریس خود چنین آورد که، کاشف‌الغطاء فتحعلی‌شاه را... به دخالت در یک قسمت از امور شرعی، که از وظایف خاصّه حکّام شرع و قضات با تقوای اسلامی است، مجاز ساخت. این موضوع برخلاف نظریّه مرحوم جدّم بود، زیرا او عقیده داشت که فتحعلی‌شاه شخصی فاسق و ستمکار است، و به هیچ وجه دخالت

---

۱. همان، ص ۹۲.

۲. حائری، دکتر عبدالهادی، **نخستین رویارویی‌های شرق و غرب**، ص ۳۲۹، سال ۱۳۶۷، امیرکبیر. کتابهای شادروان دکتر حائری ـ که دردمندانه بدرود حیات گفت ـ گویای تحقیقات عمیق اوست.

در چنین اموری، که با شئون زندگی و زندگانی مردم، یا جان و مال مسلمانان سر و کار دارد، درخور صلاحیت او نیست. لذا مرحوم جدّم، معظم له را مورد اعتراض شدید قرار داده، و عمل وی را شدیداً تقبیح نمود و...»[۱]

۳ـ رویکرد مسالمت‌جویانه

این رویکرد در نزد برخی فقهای شیعه پذیرفته شده بود که حضور و همکاری با عناصر و کارگزاران غیرعادل، در صورتی که فرد بتواند در احقاق حقوق و احیای عدالت نقشی داشته باشد، مجاز، بلکه در صورت لزوم و ضرورت واجب است. این جواز مقیّد و محدود، گویا درعصر ائمه معصومین (ع) هم مورد یا مواردی داشته است.[۲] در این رهیافت اساس فتوا یا دستور یا پایه حضور شخص، این است که احتمال دهد که با همکاری و با تصدّی سمت، می‌تواند از حق مظلومی دفاع کرده و یا از باطلی جلوگیری کند. یا اینکه احتمال «امر به معروف و نهی از منکر» را منتفی نداند. در این نگرش، حتی گفته‌اند: چنانچه فرد به قهر و اجبار سمتی را بپذیرد، یا احتمال دهد که با قبول نکردن آن خونش ریخته خواهد شد، لازم است که آن سمت را بپذیرد. در همین زمینه، شیخ‌الطائفه طوسی به تبعیّت از استادش، «**سیّد مرتضی**» بر این عقیده است که: «پذیرفتن ولایت از طرف سلطان عادلی که آمر به معروف و ناهی از منکر بود... جایز است و گاه ممکن است به حدّ وجوب برسد. در مورد سلطان جائر اگر شخص بداند یا احتمال دهد که در صورت همکاری با وی ممکن است قدرت بر اقامه حد و امر به معروف و نهی از منکر داشته باشد، مستحب است که برای پذیرفتن ولایت و همکاری خود را معرّفی کند.»[۳]

در این رویکرد، می‌توان از معدود فقیهانی نام برد که البته در حد «مرجعیت» نبوده‌اند، امّا در عین تفوّه به اینکه ولایت و حکومت حق مجتهدین عادل و «جامع‌الشرایط» است، با امیران و شاه زمان خود همکاری داشته و وجود مجتهد «جامع‌الشرایط» و الاطراف را که دارای همهٔ صلاحیت‌ها و جوانب اداره کشور و امت باشد بسیار معدود و حتی غیرممکن می‌دانسته‌اند. آنچه مطالعه کتب و رسالات این قبیل عالمان (در تاریخ فقه شیعه) نشان می‌دهد، آنها مسلک اخباری داشته‌اند. در این نحوه از تفکر، می‌توان از «سید جعفر ابی اسحاق کشفی»[۴]

---

۱. حائری، همان، ص ۳۳۲.
۲. دکتر جمشیدی، همان، ص ۴۱۷.
۳. طوسی، ابوجعفر، محمدبن علی، **النهایه**، ص ۳۵۶، دارالکتاب العربی، بیروت (بی‌تا).
۴. یکی از شاگردان، سیّد بحرالعلوم، در نجف بوده است.

نام برد، (۱۲۶۷ ـ ۱۱۸۹ق) که در دوران فتحعلی‌شاه قاجار می‌زیسته و فتحعلی‌شاه را، در نسبت با دیگر شاهان تأیید و تمجید می‌کرده است. از محمدتقی میرزا، پسر فتحعلی‌شاه که یکی از زمامداران وقت بوده به عنوان: «ناهید ملک امن و امان، و خورشیدمدار مسلک زمین و آسمان، اختر برج عدالت، و گوهر موج ولایت»! یاد می‌کند... و این همه را از: «نمایش ذات با برکات شهسوار عرصهٔ ولایت و شاهی، و شاهنشاه خطّه خلافت الهی» یعنی فتحعلی‌شاه قاجار در می‌یابد.[۱]

«کشفی» که کتابهای پرشماری هم نوشته نهایتاً، برای همراه و هماهنگ کردن «عدالت و امنیت» و پیشگیری از هرج و مرج، به همکاری و اتحاد اجتهاد و اقتدار معتقد می‌شود و گاه از این مرتبه هم فراتر رفته و در صورت تعارض این دو نهاد، مدارا و مسامحه با سلطان مقتدر را ترجیح می‌دهد، و نهایتاً حکومت پادشاهان قاجار را مشروعیت می‌بخشد.[۲]

در جمع‌بندی، هر چند سه رویکرد و سه رهیافت قابل تأمل و تقسیم بود، امّا انصاف آن است که در مکتب تشیع، و فقه امامیه رهیافت غالب، عدم پذیرش «سلطان جائر»، و حق «عصیان و طغیان» علیه ستمگران و «عمال ظلمه» و مبارزه با آنان بوده است. از سوی دیگر وجوب «امر به معروف و نهی از منکر»، مجال تمایل به «حکام جور» را نداده و بر همین پایه است که گفته‌اند: **«العدلُ والتوحید علویّان، والجبر والتفویض امویّان»**[۳]

آنچه یکی از محققان در این زمینه به عنوان نتیجه بحث می‌گوید قابل دقت است: ایشان می‌نویسد:

«می‌توان گفت که نظریه شیعه، در این باب، به نظریه فلسفه سیاسی نزدیک است که اساساً به نفی زور و غلبه می‌پردازد، و زمینه‌ای برای نقادی نظام موجود، و طرح نظمی مطلوب فراهم می‌آورد.»[۴]

لازم به ذکر است که: همین رهیافت، با محور قرار دادن قرآن کریم، قابل حصول است چرا که روایات و اخباری که بر تحمّل حاکمان ستمگر دلالت دارند، نه تنها ممکن است در روزگار ترس و «تقیّه» صدور یافته باشد، بلکه افزون بر فقدان صحت و وثاقت در مضمون آن

---

۱. شادروان حائری، همان، ص ۳۴۹.

۲. حائری، همان، ص ۳۴۷ تا ۳۵۱.

۳. استاد مطهّری، مرتضی، **عدل الهی**، ص ۲۰ و بعد.

۴. طباطبائی، سیدجواد، **درآمدی فلسفی بر تاریخ اندیشه سیاسی در ایران**، ص ۳۱، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی و دفتر مطالعات سیاسی، چاپ دوم، ۱۳۶۸.

روایات، خلاف آیات محکم قرآن کریم[1] و خلاف عقل قطعی نیز می‌باشد.

با توجه به آیات قرآن کریم، و اصول و قواعد کلی که در صفحات گذشته به آنها اشاره شد، فقهای شیعه به لزوم **«عدالت»** در سمتها و مسئولیتهایی از جمله، قضا و شهادات، امامت جمعه، امامت جماعات و رهبری[2] جوامع اسلامی، حاکم، مرجع تقلید، مفتی، عاملین زکات، رؤیت هلال ماه، ناظر و مجری صدقات، روایت حدیث، متولّی امور محجورین، و جز اینها، معتقد بوده‌اند. البته در این زمینه، برخی به جای «عدالت» از «وثاقت» هم سخن گفته‌اند.[3]

در عدالت «مرجع تقلید»، و رهبری جامعه اسلامی خبر زیر بسیار مشهور و قابل توجه است:

«اَمّا مَنْ کانَ مِنَ الفقها، حافظاً لدینه، صائناً لنفسه، مخالفاً لهواه، مطیعاً لِامرِ مولاه، فَللِعَوام اَنْ یُقَلِّدوه»!

این خبر بسیار ارجمند نشان می‌دهد که علاوه بر شرط «علم» و «عدالت»، صیانت نفس، و مخالفت با هواها و هوسها، و اطاعت محض از اوامر و نواهی الهی تا چه پایه مهم است. شهرت این حدیث به قدری است که به هر قید و شرط دیگر، خصوصاً با عنایت به آیات قرآن، غلبه می‌کند و به گفته مرحوم نائینی، عدالت را از «ضروریات دین» رقم می‌زند.

در فصل دوّم، مفاهیم عدالت و انصاف و تفاوت آن دو، و همچنین قاعدهٔ «عدل و انصاف» را بررسی می‌کنیم:

---

۱. دقت شود که دهها آیه در قرآن کریم، بر عدالت و دادگری تصریح می‌کند و حدود ۲۹۰ آیه در قبح ظلم و ستم است و حتی دفع و رفع ظلم است!

۲. در مورد شروط «رهبر» در حکومت و امامت اسلامی به **دراساتٌ فی ولایة الفقیه** جلد اول، یا **مبانی فقهی حکومت اسلامی**، جلد دوّم، صفحات ۳۷ و بعد، ترجمه و تقریر محمود صلواتی، نشر تفکّر، چاپ اوّل، ۱۳۶۹ مراجعه فرمایید.

۳. امام خمینی، روح‌الله، **تحریرالوسیله**، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۹۰ ق.

فصل دوّم

عدالت، انصاف و قاعدهٔ «عدل و انصاف»

الف ـ واژه «انصاف»

در ادب پارسی، نصف چیزی را گرفتن و برابری بین دو طرف است. به معنای: قسط، دادگری، عدل و معدلت، حق، احقاق حق کردن، انصاف دادن، انصاف کردن نیز، فراوان آمده است،[1] کلیله گفت: «اما طراوت خلافت، به جمال انصاف، و کمال معدلت باز بسته است.»[2]

و سعدی: «انصاف، که از این مالیخولیا چندان فرو خواند که مرا، بیش طاقت شنیدن نماند.»[3]

و حافظ:

«منـعم ز عشق می‌کنی ای مفتی زمان　　انصاف دارمت[4] که تو او را ندیده‌ای»!

و باز سعدی:

«انصاف می‌دهم که لطیفان و دلبـران　　بسیار دیده‌ام، نه بدین لطف و دلبری»

در ادب عرب نیز به همان معانی بالا آمده است. علامه فیّومی می‌گوید: «مال را نصف کردم بین آن دو، از باب قَتَلَ، یَقتُلُ، است. اَنصفتُ الرجلَ، یعنی عامَلْتُهُ بالعدل و القسط، نَصَفَتْ اسم مصدر از انصاف است.[5]

---

۱. دهخدا، **لغت‌نامه**.

۲. **کلیله و دمنه**، نصرالله منشی ابوالمعالی، تصحیح مجتبی مینوی. انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۲ ش.

۳. سعدی، شیخ مصلح‌الدین، گلستان.

۴. معذور دارمت برخی از نسخه‌ها.

۵. مَقری فیّومی: **مصباح المنیر**. تصحیح محی‌الدین عبدالمجید، ۱۳۴۷ ق (بی جا).

ب ـ تعریف «انصاف»

برخی از حقوقدانان در تعریف انصاف، **آن را** به «**احساس مبهمی از عدالت**» توصیف کرده‌اند. احساس مبهمی که در مقام اجرای قواعد حقوقی، در شخص به وجود می‌آید و «وسیلهٔ تعدیل و مناسب کردن آنها با موارد خاص است.»[1]

ماده ۵۶۵ قانون آئین دادرسی مدنی، گویا با توجه به همین معنی، یعنی نه برابری و مساوات و «تنصیف»، بلکه با عنایت به نوعی «احساس مبهم از...» مقرر می‌دارد:

«... محکمه، اوضاع و احوال را سنجیده، به طوری که مقتضی **عدل و انصاف** بداند حکم می‌دهد.»

همچنین نوشته‌اند: «پیوند انصاف با اخلاق نزدیک‌تر است. عدالت حکم می‌کند که مدیون به عهد خود وفا کند، ولی گاه داوری انصاف این است که او را مهلت شایسته دهند، یا از میزان طلب بکاهند. پس در بیان مفهوم انصاف می‌توان گفت: **انصاف چوب دستی عدالت است**، تا از لغزش آن بکاهد، و بر سرعت و استواری گامهایش بیفزاید.»[2]

در قرارداد رسمی فروش ملکی شرط می‌شود که فروشنده موظف است تا دو ماه برق خانهٔ مورد معامله را با درخواست از ادارهٔ برق وصل کند، وجه التزام تخلف از این شرط نیز **مبلغی معادل** با ثمن معامله بوده است. خانه را فروشنده تحویل می‌دهد، ولی برق چند روزی دیرتر از موعد مقرر وصل می‌شود. خریدار با استفاده از این فرصت تقاضای صدور اجرائیه نسبت به وجه التزام می‌کند و فروشنده بر دستور اجرا اعتراض می‌کند، و درخواست توقیف اجرائیه و ابطال آن را می‌نماید.

در این دعوا، قانون به سود خریدار حکم می‌کند، و ماده ۲۳۰ ق.م، نیز حاکم را موظف ساخته است که به همان مبلغ مشروط رأی دهد، هرچند وجه التزام را، در مقام مقایسه با خسارت، گزاف یا ناچیز یابد...ولی چگونه **انصاف** می‌پذیرد، که در معاملهٔ مَبیع، خریدار هم مبیع را ببرد و هم ثمن را؟ «قاضی دادگاه می‌نویسد: من تعهد فروشنده را «**تعهد به‌وسیله**» توصیف کردم، چرا که وصل برق با ادارهٔ برق است، و فروشنده تنها می‌تواند، بهنگام درخواست کند، هزینه‌ها را بپردازد، و مقدمه وصل برق شهر را به خانه مورد معامله، فراهم آورد. ظاهر این است که انسان متعارف، تنها به مقدور خود تعهد می‌کند. تضمین فعل دیگری،

---

۱. دکتر کاتوزیان، ناصر، **کلیات حقوق**، ج ۲، ص ۲۸۰، چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۴۹.

۲. همو، **فلسفه حقوق**، ج ۲، ص ۴۰۷، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.

کاری است استثنایی که جز با صراحت احراز نمی‌شود. پس **تعهد** فروشنده در اتصال برق چنین تعبیر می‌شود که باید وسیله متعارف آن را فراهم آورد. از سوی دیگر، چون اسناد موجود در پرونده دلالت داشت که او دربارهٔ تهیه وسایل اجرای **تعهد** کوتاهی نکرده است، خریدار حقی بر گرفتن وجه التزام ندارد، و دستور اجرایی درست نیست.

رأی بر پایه همین استدلال صادر شد، و طبیعی بود که خریدار از آن فرجام بخواهد. چندی بعد، دوستی که در آن روز قاضی دیوان کشور بود،... به من گفت: «رأیی که داده بودی، از جهت قانونی خالی از اشکال نبود، ولی چون مطابق با **انصاف** و عدالت بود، تأیید کردیم.»[۱] این اقرار نشان می‌دهد که **انصاف** در پس پرده، تا چه اندازه کارگزار است.

ج-در معنای تنصیف

به نظر برخی از فقها،[۲] انصاف، گاه در معنی «**تنصیف**» و به دو نیمه مساوی کردن به کار می‌رود، و گاه در غیر معنای مذکور: «تنصیف»، به خاطر نداشتن دلیل خاص در یک مسئله، و یا حتی عدم امکان تمسک به «اصول عملیه»، برای حل معضل حقوقی و قضائی به کار می‌رود. مانند ماده ۹ قانون مدنی که می‌گوید: «دیواری که مابین دو ملک واقع است، مشترک مابین صاحب آن دو ملک محسوب می‌شود، مگر اینکه، قرینه یا دلیلی برخلاف آن موجود باشد.»[۳] در این ماده تنصیف، فرض قانونی یا «اصل عملی» شمرده شده است، و در این مورد «تنصیف» به معنی نصف، نصف کردن به کار رفته است. این معنا از انصاف در روایات هم دیده می‌شود. امام باقر (ع) فرمود:

«... یُعطی صاحب‌الدینارین دیناراً، و یُقَسّمُ الآخر بینهما نصفین.»[۴]

جواب امام در پاسخ این سؤال است که: مردی دو دینار نزد دیگری، و شخص دیگر یک دینار نزد همان شخص به امانت گذاشتند. از این سه دینار یک دینار نزد امین گم شد. دو دینار باقی‌مانده چگونه باید تقسیم شود؟ امام فرمود: یک دینار و نیم از دو دینار مانده، به صاحب دو

۱. همان، ص ۶۸۴ و ۶۸۵.
۲. یزدی طباطبائی، سیدمحمد کاظم، **سؤال و جواب**، به اهتمام محقق داماد، ص ۳۰۴، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
۳. قانون مدنی.
۴. سکونی از امام صادق (ع): «عن ابیه (ع) فی رَجُل، استَوَدَعَ رَجُلاً بدینارینْ، فاستودَعهُ آخَرَ، دیناراً، فضاع دینارٌ منهما، قال، یُعطی صاحبُ الدینارین، دیناراً، وَ یُقْسم الآخرُ، بینهما نصفین.» (نجفی، شیخ محمدحسن، **جواهر الکلام**، ج ۲۶، ص ۲۲۳، آخوندی، تهران).

دینار بدهند، و نیم دینار دیگر را به صاحب یک دینار تحویل دهند. در واقع براساس قاعدهٔ «**عدل و انصاف**» دینار گم شده به دو نیم شد، و زیان وارده نصف، نصف، بین هر دو امانت‌گذار (مودع) تقسیم شد. در این مورد «انصاف» در معنی تنصیف به‌کار رفته است.

در انصاف به معنای «تنصیف» مثالهای متعددی در کتاب **جواهرالکلام** و روایات و ابواب مختلف در **وسایل‌الشیعه** دیده می‌شود. مثالهای زیر در معنای تنصیف قابل توجه افزون‌تری است:

شخصی «وصیّت» به نفع حمل می‌کند، و حمل دوقلو (یک پسر و یک دختر) متولد می‌شوند. یا کسی مالی را به نفع دو نفر وصیت می‌کند که یکی زن و دیگری مرد است، و قید و شرط دیگری هم در وصیت‌نامه نیست. در هر دو مورد براساس قاعدهٔ «عدل و انصاف» مورد وصیّت (موصی به) نصف می‌شود.[1]

در همین زمینه، پرسش جالبی از مرحوم سید محمدکاظم طباطبائی یزدی شده است. پاسخ ایشان هم بر پایه انصاف به معنی تنصیف است. سؤال این است: دو نفر، نزد شخص ثالثی، اوّلی یک دینار، و دوّمی یک درهم به امانت نهادند. پس از فوت هر دو امانت‌گذار، امین فراموش کرد که کدام یک صاحب دینار و کدام صاحب درهم است. ورثه آن دو هم از کم‌وکیف مسئله ناآگاه بودند. این فقیه متضلع در پاسخ می‌گوید:

«... وَ یُحتَمَلُ التشریک بالتنصیف لِکُل مِنهما، و هو اَعْدَل و...»[2]

سیّد مطابق قاعده، به تنصیف حکم داد، و یک دینار و یک درهم، به دو قسمت مساوی تقسیم شد و به ورثه هر یک از دو نفر تحویل گردید. واژه «اَعْدَلْ» هم نشان از **عدالت برتر** یا همان انصاف دارد.

د_انصاف عُرفی (در غیر معنای تنصیف)

همان‌طور که دیدیم، بعضی از اساتید حقوق انصاف را «احساس مبهمی از عدالت» توصیف کردند: بعضی دیگر گفته‌اند: انصاف مطابق عدالت است، اما نه عدالت مبتنی بر قانون، و در ادامه همین مطلب اضافه شده است که: انصاف وظیفه تکمیل و تصحیح قانون را بر عهده دارد. در موارد سکوت قانون یا منطقةالفراغ باید به سراغ انصاف رفت که همان **عدالت**

---

۱. دکتر جعفری لنگرودی، **حقوق اسلام** (همان)، ص ۱۶۴.
۲. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم (همان)، ص ۳۰۴.

طبیعی یا، **عدالت** برتر است. موحّد گویاتر می‌نویسد: «**... نم‌نم باران انصاف، هرم و حرارت، و خشکی و غلظت قانون را فرو می‌نشاند... بنابراین انصاف بیگانه و نامتجانس با عدالت نیست، بلکه عنصر ذاتی و غایی آن است.**»[۱]

در همین زمینه لنگرودی می‌نویسد: اِنصاف (Equity)، دو معنی اصطلاحی دارد:

الف ـ دور محور مفهوم برابری می‌گردد؛ خواه با تنصیف (برابر مقداری) همراه باشد (ماده ۱۰۹ ق م) خواه نباشد (ماده ۳۷۷ ق م)[۲] در حقوق ماهوی و شکلی به کار می‌رود، مثلاً موقع شک در قدر سهم دو نفر از حقّابه از یک نهر، اصل را بر تساوی حقوق قرار می‌دهند، تا خلاف آن ثابت شود.

ب ـ خارج از محور برابری به کار می‌رود؛ در تصمیم‌گیری برابر وجدان و حق، عواملی را دخالت می‌دهند، مانند انصاف در مورد تعیین **نرخ عادله** و تعدیل اجاره‌بهاء. انصاف هم مانند عرف، ظرف نصوص قانونی است. یعنی مدلول قوانین را نباید طوری معنی کرد که از سامان انصاف بگذرد.[۳] در تعریف انصاف، هم‌چنین گفته‌اند:

«... هر عاملی که به صورت معقول و مؤثر در گرفتن تصمیم اقناع‌کنندهٔ وجدان باشد»[۴] در انصاف به معنی «Equity»، دخالت داده می‌شود.

«انصاف» به معنای «Equity» که در نظام حقوقی انگلیس و آمریکا، (کامن‌لا)[5] یکی از منابع حقوق شمرده می‌شود، این گونه معرّفی شده است:

«گاه نه فقط اجرای قاعدهٔ کلی حقوقی قابل انتقاد و سرزنش است... بلکه ظلم فاحشی هم به شمار می‌آید. در چنین مواردی، اجرای قاعِده، با حس انصاف قاضی مواجه می‌گردد... انصاف قواعد مربوط به اوضاع و احوال خاصّی را الهام می‌دهد.»[۶]

با توجه به توضیحات یاد شده، می‌توان گفت:

«**انصاف عبارت است از: احساس نوعی عدالت برتر، که علّت غایی قسط و عدالت**

---

۱. موحّد، محمدعلی، **در هوای حق و عدالت**، ص ۹۸، ۹۵، چاپ، سازمان چاپ و انتشارات، ۱۳۸۱.

۲. مادّه ۳۷۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد.

۳. جعفری لنگرودی، **مبسوط**، ج ۱، واژهٔ انصاف.

۴. **حقوق اسلام**، همان، ص ۱۶۶.

5. Common law

۶. قرائی، دکتر خسرو، **دو طرز فکر حقوقی**، ص ۱۴۰، ع چاپ کیهان ۱۳۴۷ و افشار، دکتر حسن، **حقوق تطبیقی**، ص ۱۵۰ و بعد، ۱۳۵۱.

بوده، و با توجه به اوضاع و شرایط، موجب اقناع وجدان، در موارد خاص می گردد.»[۱]

نظری به روایات

قبلاً روایاتی در مورد انصاف، به معنای تنصیف از نظر گذراندیم. روایات زیر انصاف را در غیر معنای تنصیف، یعنی مواردی که انصاف در معنای «Equity» و کلی‌تر به کار رفته نشان می‌دهد:

مردی به نام اسحاق بن‌عمّار از قول امام صادق (ع) می‌گوید: «... یُباعُ الثوبان فیُعطی صاحبُ الثلاثین ثلاثة اخماس الثَمْنَ، و الآخَرَ خُمسَی الثَمَن...»[۲]

پاسخ امام علیه السلام، درباره دو مردی است که اوّلی سی درهم و دوّمی بیست درهم، در نزد ثالثی به امانت سپرده بودند، و از او خواسته بودند که لباسی برای آنان تهیّه کند. مرد دودست لباس خریده و فرستاده بود، ولی هیچکدام از دو نفر لباس خود را نشناخته بودند و... امام فرمود: هر دو لباس را بفروشند و ثمن را به $\frac{۳}{۵}$ (صاحب ۳۰ درهم) و $\frac{۲}{۵}$ (صاحب بیست درهم) تقسیم کنند. در این اختلاف و حکم، گویا راوی می‌گوید: به امام (ع)، عرض کردم، صاحب بیست درهم، به آنکه سی درهم داده، گفته است: «هرکدام از دو جامه را می‌خواهی بردار، امام فرمود:

«قَد اَنصَفَهُ»![۳] به انصاف رفتار کرده است.

مثال دیگر، روایت جالبی است که می‌گوید:

دو نفر یکی سه قرص نان و دیگری پنج قرص نان داشت، در یک سفره ریخته و باهم صبحانه می‌خوردند، مرد رهگذری، با آنان شریک صبحانه می‌شود و زمان خداحافظی هشت درهم به صاحبان نان می‌دهد، نزاع در می‌گیرد که پول را چگونه باید تقسیم کنند. هر دو

---

۱. روایات زیر قابل تأمل است: «الانصافُ یستدیم المحبّة»، «المنصفٌ کریم، الظّالمَ لئیم»، «زکوة القدرة الانصاف»، «عامَلَ سایرُ الناس بالانصاف، و عامل المؤمنین بالایثار»! «لاعدلُ کالانصاف»!! «المؤمنُ یُنصفٌ مَنْ لایُنصِفُهُ»، «اَعدَلُ الناسِ من، اَنصَفَ مِن ظلمه»!

۲. «نحن نقولَ بصراحة، بان الانصاف لَهُ موضعٌ هامٌ، فی جمیع الاحکام... و بأنْ لا لانصاف شأن و موقف قوی فی‌الحقوق الاسلامیة فی جمیع المجالات» (استاد بجنوردی، **مجموعه مقالات**، ج۳، ص ۱۱ و ۱۲، ۱۳۸۲).

۳. خبر این است: «فی‌الرجل، یبعَضَهُ الرجُلَ ثلاثین درهماً فی ثوب، وَآخَرَ عشرینَ درهماً فی ثوبٍ، فَبَعَثَ الثّوبَین، وَلم یعرف هذا ثوبه، ولا هذاً ثوبه، قال یُباعُ الثوبانِ، فَیُعْطی صاحِبُ الثلاثین ثلاثة اخماسَ الثّمنْ، والآخَرَ خُمْسَیِ الثّمنِ، قلتُ: فانَّ صاحبَ العشرین، قالَ لِصاحِبِ الثلاثین، اِختَرْ ایهُما شِئتَ، قال: قد اَنصَفَهُ»! (حُرَ عاملی، شیخ، **وسایل الشیعه**، ج۱۳، باب۱۳، احیاءُ التراث، بیروت، بی‌تا).

به‌محضر امام علی‌بن‌ابی طالب(ع)، می‌روند. آنکه سه قرص نان داشته می‌گوید: نظرم این است که هشت درهم باید به تساوی تقسیم شود (تنصیف). صاحب پنج قرص نان مدعی تقسیم به‌نسبت ۳ و ۵ بوده است. امام می‌فرماید: «اِذهبا فاصطلحا» بروید و سازش کنید. یکی از دو تن می‌گوید: ای امیرالمؤمنین، او (طرف دعوا) نمی‌پذیرد، و تنها سه درهم به من می‌دهد و بقیّه را خود بر می‌دارد... امام فرمود:

ای بندهٔ خدا، سه، نه ثلث می‌شود (۹ = ۳ × ۳) و پنج، پانزده ثلث (۱۵= ۳ × ۵). تو از نُه ثلث خود (از سه قرص نان) هشت ثلث خورده‌ای و برای تو یک ثلث می‌ماند، و این مرد از پانزده ثلث خود، هشت ثلث خورده است، و هفت ثلث نان او مانده است. امّا مهمان شما از نان این مرد هفت ثلث، ولی از نان تو، تنها یک ثلث خورده است. بنابراین هفت درهم، در برابر هفت ثلث، و یک درهم در برابر یک ثلث قرار می‌گیرد، پس تو باید یک درهم برداری و هفت درهم به دوست خود بدهی.[1]

ملاحظه می‌شود که اقتضاء عدالت حقوقی یک هشتم است، اما دوست مرد، در قضیّه، با او به انصاف گرائیده است. همان‌گونه که امام (ع) اشاره فرمودند، در این قبیل موارد، صلح و سازش و تراضی طرفین، که در آن نوعی از گذشت هم هست، طریق «انصاف» را نشان می‌دهد. انصافی که نه «تنصیف» است، و نه «عدالت» حقوقی، بلکه «تراضی» یعنی همان اقناع وجدان است که شاید «عدالت برتر» باشد. همین معنی از «انصاف»، در نظرات حقوقدانان هم کاربرد داشته و در اندیشه‌ها و نوشته‌های حقوقی امثال و نظایر پرشماری دارد. مرحوم دکتر سیدحسن امامی، در جای جای مجلّدات «حقوق مدنی»، در شرح قانون مدنی، به «انصاف» و نیز «عدل و انصاف قضایی» استناد می‌کند. ایشان در مبحث وصایا می‌نویسد:

---

۱. خبر چنین است:
«...جاءَ رَجلان اِلی الامیرالمؤمنین (ع)، فقال احدهما، یا امیرالمؤمنین، انّ هذا، غاداني، فجئتُ انا به ثلاثة اَرغفة، و جاءَ هُوَ بخمسةِ ارغفة، فتغدّینا، ومَرَّ بنا رَجُلٌ، فَدَعَوناهُ الی‌الغداء، فتغَدّی مَعَنا، فلما فَرَغَ، وَهَبَ لَنا ثمانیةَ دراهِم و مَضی، فقلتُ یا هذا، قاسمني، فقال لاافعلُ، الاّ قَدَرَ الحصیص، مِن‌الخبز. قال: اذهبا فاصطلحا، فقال یا امیرالمؤمنین، انّه یابی اَنْ یُعطِني الاّ ثلاثة دراهم، و یاخُذُ هو خَمسَة دراهم، حَملنا علی القضاء فقالَ له یا عبدالله، اَتعلمُ اَنَّ ثلاثة، تسحَةَ اثلاث؟ قالَ نَعَم، قال: و تعلم اَنّ خمسة ارغفة، خمسَة عشر ثلثاً، قال نعم، قال فاکلتَ انتَ مِن تِسعةُ اثلاث، ثمانیة اثلاث، و بَقِیَ لک واحدٌ، واَکَلَ هذا، مِن خَمسةِ عَشَرَ اثلاثِ ثمانیه، وبقِيَ لَهُ سَبعَةَ، واکل الضیفُ مِن خبز هذا، سبعة اثلاث، و مِن خبزک هذا الثلث الّذي بقي مِن خبزک، فاصابَ کلِ واحدٍ منکم ثمانیة اثلاث، فلهذا سبعة دراهم، بَدَلُ کَلِ ثلث درهم، ولک انتَ لِثلثک درهمٌ فخذ انتَ درهماً، و اعطِ هذا سبعةِ دراهم.» (محقق نجفی، **جواهرالکلام**، ج ۲۶، ص ۲۳۳ و بعد).

«در صورتی که بین وصایا، واجبات بدنی (از قبیل صلوة، صوم و حج) یافت شود، ... وصایای مزبور بر وصایای تبرّعی مقدّم خواهد بود، زیرا آنها در مرحله تعهّدات قرار دارد و دین در مقابل خداوند است. قانون مدنی راجع به مقدّم داشتن واجبات بدنی بر تبرّعی بیانی ننموده و نامی هم از آنها نبرده است، و چنانچه بتوان تقدّم مزبور را، از روح قانون یا عرف و عادت مسلّم دانست، رعایت **انصاف و عدالت قضایی**، و متابعت حکم الهی شده است.»[۱]

حقوقدان دیگری در همین زمینه می‌نویسد:

«از دیدگاه واقع‌گرایی، باید پذیرفت که همهٔ تلاشهای حقوقدان برای این است که به‌طور کامل حق‌گزاری شود، و هر چیز به جای شایسته خود قرار گیرد. رعایت انصاف حکم اخلاق است... بی‌گمان باید آن را از نیروهای مؤثر و سازنده حقوق شمرد.»[۲]

در قانون مدنی هم ماده ۲۷۷ مقرّر می‌دارد:

«متعهد نمی‌تواند، متعهدٌ له را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید، ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون، مهلت عادله یا قرار اقساط دهد. روشن است که واژه «عادله» در «مهلت عادله» یا «نرخ عادله»، و واژه «تعدیل»، مثلاً در عبارت: «تعدیل اجاره بهاء» به معنی برابری، مساوات یا تنصیف و امثال اینها نیست. در این عبارت عدالت، در معنای انصاف و «Equity» به کار رفته است.[۳]

در ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی مصوّب اردیبهشت ۱۳۳۹ نیز چنین آمده است:

«دادگاه میزان زیان، و طریقه و کیفیّت جبران آن را با توجه به **اوضاع و احوال** قضیّه تعیین خواهد کرد.» توجه به «اوضاع و احوال قضیّه» در حقیقت ملحوظ داشتن تمام عوامل مؤثر در تصمیم‌گیری است. چیزی که در تعریف «انصاف» به آن اشاره رفت.

در ماده ۴ همان قانون، عوامل تخفیف از سوی دادگاه عبارتند از:

۱ـ کمک و مساعدت واردکنندهٔ زیان به زیان دیده.

۲ـ غفلتی که عرفاً قابل اغماض است.

در موارد یاد شده، مبنای قانونگذار، همانا «انصاف» و توجه به جمیع شرایط است. بنابراین بین این سه پدیده چه تفاوتی می‌توان یافت؟

---

۱. امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ۳، ص ۱۱۵، اسلامیه.

۲. دکتر کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۶۸۸.

۳. جعفری لنگرودی، جعفر، **حقوق اسلام**، ص ۱۸۰.

هـ ـ تفاوت عدالت و انصاف

در صفحات گذشته «**اعطاءُ کل ذی حق حقّه**»[1] را بهترین تعریف از عدالت شمردیم. زنده‌یاد علامه طباطبایی، دو تعریف مشهور از «عدالت» را در یک تعریف جمع کرده و گفته‌اند:

«**وهِیَ اعطاءُ کل ذی حقٍ مِنَ القویِّ حَقْهُ، وَ وَضعُهُ فی موضع الذی ینبغی لَهُ**»، عدالت دادن حق به صاحب حق، و قراردادن آن، در موقع و موضعی است که سزاوار آن است.[2]

به گفته برخی از پژوهشگران، عبارت: «**وضع هر چیز در منزلت و جایگاه شایسته‌اش**»،[3] به تبیین حقیقت عدل در «هست‌ها» یعنی در عرصهٔ جهان‌بینی می‌پردازد، و عبارت: «**اعطاءُ کل ذی حق...**» به تحقق عدالت در «بایدها» و احکام و اخلاق نظر دارد.[4]

در هر حال، اجرای عدالت حقوقی، گاه خشک و خشن می‌نماید و به گفته بعضی از اندیشمندان، به ضد خود، یعنی ظلم تبدیل می‌گردد: ممکن است راننده شخصی را در بیابان مصدوم کند، اما به دلایلی خود بگریزد و فرد در تنهایی بماند و بمیرد، حقوق می‌گوید، در قتل غیرعمد به هر صورت باید دیه بدهد، اما گاه ضارب، مصدوم را به بیمارستان می‌برد و تمام تلاش خود را به عمل می‌آورد و کمکهای لازم را می‌کند، ولی پس از روزها، باز هم مصدوم (که شاید مقصّر هم بوده است)، از بین می‌رود. ممکن است عدالت حقوقی هر دو را به یک چشم بنگرد، و از هر دو، تنها «دیه» بخواهد. اما انصاف این گونه نمی‌بیند.

«ارسطو» حکیم یونانی در مورد انصاف می‌گوید: «انسان منصف کسی است که حکم قانون را، آنجا که حکم قانون به زیان دیگری است، بیش از اندازه دقیق نمی‌گیرد، بلکه به چشم‌پوشی (و گذشت) آماده است، حتّی در آنجا که به موجب قانون حق با اوست. این همان **ملکه انصاف** است که نوعی از عدالت است.»[5]

بدرستی گفته‌اند: حقوقدان نباید فراموش کند که چسبیدن به مرّ قانون، یا مبالغه در پایبندی به قانون محض (Droit strict)، نگاهی است که سر از وادی مصاف با انصاف

---

۱. حق هر صاحب حق را دادن.

۲. طباطبائی، علامه سید محمدحسین، **المیزان فی تفسیر القرآن**، ج ۱، ص ۳۷۱.

۳. «**وضع الشی فی موضعه**» **نهج‌البلاغه**، مولا امیرالمؤمنین.

۴. رشاد، **گفت‌وگو**، (صلح و عدالت)، ص ۳۴۶، به کوشش میردامادی، انتشارات الهدی، ۱۳۸۴.

۵. ارسطو، **اخلاق نیکو ماخوس**، شماره (A) ۱۱۳۸.

در می‌آورد؛ و چنین است که پرخواننده‌ترین کتاب قرن بیستم نوشته جان راولز، فیلسوف آمریکایی «**عدالت به مثابه انصاف**»[۱] نام می‌گیرد و دهها سال است که به تمام زبانهای زنده دنیا ترجمه می‌شود.

و ـ «عدالت به مثابه انصاف»

راولز که خود یکی از فیلسوفان و نظریّه‌پردازان لیبرال است، به «عدالت»، به مثابه انصاف نظر دارد. راولز برای پیشگیری از بحرانها و انفجارهای اجتماعی در کشوری چون «آمریکا»، نظریّه «**عدالت به مثابه انصاف**» را مطرح می‌کند. او به دو اصل اساسی در فلسفهٔ عدالت معتقد است؛ **اصل نخست** ناظر به آزادی‌های اساسی است که هیچ‌گونه محدودیّت و مضیقه‌ای را تحمل نمی‌کند، اما اصل دوم به **نابرابری‌های منصفانه**[۲] مربوط است و به امکانات و مزایا و فرصتهایی که باید به گونه‌ای سامان و سازمان یابند، که بیشترین نفع را به بی‌نصیب‌ترین و محروم‌ترین افراد جامعه برسانند. یکی از محققان در این زمینه به زیبایی می‌نویسد:

«کلمه انصاف که راولز آن را عنصر اصلی عدالت می‌خواند، در کلام او بیشتر معنی رو راست بودن، صداقت، دغلی نکردن، به قواعد بازی تن دادن، و... را دارد. او می‌گوید: ...غیرمنصفانه عمل نکردن، نه لزوماً نقص قواعد بازی، بلکه سوءاستفاده از رخنه‌ها و ابهامات قاعده نیز هست.

کوشش برای اینکه قاعده اجرا نشود، و یا اجرای آن هدفی را که منظور بوده است برنیاورد نیز مصداق **ناانصافی** است، مثل کسی که... حمایت دولت را می‌خواهد، اما (با حیله) از زیر بار مالیات در می‌رود و...»[۳]

دانشوران اقتصاد، بحثی در دانش «اقتصاد» دارند که می‌گوید: چطور می‌توان کیکی را «منصفانه» تقسیم کرد؟

می‌گویند تقسیم منصفانه این است که یکی از دو نفر «کیک» را تقسیم کند، و دیگری یک سهم را برای خود برگزیند. این شیوه به این دلیل منصفانه است که، چون تقسیم‌کننده می‌داند اگر کیک را به دو قسمت نامساوی (کوچک و بزرگ) تقسیم کند، نظر به اینکه حق

---

۱. نوشته راولز آمریکایی (Justice as Fairness).

۲. تعبیر «نابرابری منصفانه» خود نشان می‌دهد که عدالت محض، با «قانون محض» یا «انصاف» فاصله دارد.

۳. موحّد، **در هوای حق و عدالت**، ص ۵۱۵ و بعد... .

انتخاب با نفر دوم (یعنی با کسی است که در تقسیم کیک دخالت نداشته) است، پس ممکن است سهم بزرگتر را نفر دوم انتخاب کند، بر این مبنا، از همان آغاز سعی می‌کند که کیک را به دو قسمت مساوی و برابر تقسیم نماید. اما زمانی که سهامداران پرشمار، و غیر محصورند، قاعدهٔ «**انصاف**» در تقسیم، ایجاب می‌کند که تقسیم کننده، و «مقسّم»، قطعه آخر را بردارد. اگر مقسّم «انصاف» را رعایت نکرده باشد، کوچکترین قطعه، از آن او خواهد شد![1]

ژرف‌کاوی و دقت در روایات، و نیز مثالها و موارد (Cases) و به اصطلاح «قضایای شخصی خارجی»، نشان می‌دهد که **عدالت محض**، با «انصاف»، و همچنین با انصاف در معنای «تنصیف» فاصله دارد:

در مورد «ارباح کسب»[2] و تجارت «حق رسول (ص)» بحق ثابت است. اما سلاطین جور هم عملاً از مردم، تحت عناوین مختلف، مالیاتهای گوناگون می‌گرفتند، در نتیجه مؤدّیان به ائمه (ع) مراجعه کرده و چاره‌جویی می‌کردند، و در پاسخ این‌گونه می‌شنیدند:

«ما اَنصفناکم، اِنْ کَلّفناکم ذالک الیَوم»!![3]

در حقیقت روایت می‌خواهد بگوید که پرداخت مالیات شرعی، تحت عناوین مختلف منصفانه نیست!

امام باقر (ع)؛ به نقل از پدر بزرگوار خود و او از پیامبر (ص) روایت می‌کنند که: «مَنْ واسی الفقیرَ، و اَنصفَ النّاسَ مِنْ نفسِهِ، فذالک المؤمنُ حَقّاً»!،[4] کسی که به محرومی کمک کند، و با مردم به انصاف برخورد کند، مؤمن حقیقی همو است. لسان روایت به گونه‌ای است که «انصاف» را برتر از «عدل» می‌نشاند. چیزی که آن را «عدالت برتر» نامیدیم.

در روایت دیگری، (**خصال** صدوق)، از جمله وصایای پیامبر (ص)، به امیرالمؤمنین (ع) این است: «ای علی، سه خصلت از ارکان و نشانه‌های ایمان است: انفاق به محرومان در عین نیاز و تنگدستی، **رفتار منصفانه** با مردم، و آموزش به کسی که خواستار آگاهی است.[5] جالب

---

۱. محمد طبیبیان، **اقتصاد و عدالت اجتماعی**، ص ۵۹، مقالهٔ عدالت اجتماعی و اقتصاد بازار، نشر نی، ۱۳۸۶.

۲. **ارباح مکاسب یا ارباح التجارات** عبارت از سودی که از تجارت و کشاورزی و صنایع به دست می‌آید.

۳. محقق نجفی، **جواهرالکلام**، ج ۳، ص ۱۲۹ و جعفری لنگرودی، **مبسوط**، ج ۱، ص ۱۴۱.

۴. محمدی ری‌شهری، محمد، **میزان‌الحکمه**، واژهٔ انصاف و حکیمی، محمدرضا، **الحیاة**، روایات، عدل و انصاف.

۵. «یا علی: ثلاثٌ مِنْ حقایق الایمان، الانفاق مِنَ الاقتار، وَ اِنصافُ النْاسِ مِنْ نفسِکْ، و بذل العلمِ لِلمُتعلّم.»

است که انصاف در صف انفاق و آموزش رفته است! «انفاق»، فراتر از عدالت است. در انفاق به آنچه که خود نیاز دارد، می‌بخشد.[۱]

امّام صادق (ع)، به «ابوعبید جزّاء» فرمود: آگاه باش، از برترین و عمده‌ترین واجبات خدا بر خلق، با تو سخن می‌گویم، که عبارتند از: برخورد منصفانه با مردم، کمک و یاری به برادر (دینی) در طریق خداوند، و در هر حال به یاد خدا و در ذکر حق‌تعالی بودن. خبر بازهم انصاف را، در کنار یاری به انسان، و «ذکرالله» قرار داده است.[۲]

«انصاف» در معنای «Equity» و در غیر معنای «تنصیف»، با منبع «استحسان» در فقه عامّه، و برخی از اصطلاحات در فقه امامیّه، قابل سنجش است. غرض از استحسان همان تمسک به قوی‌ترین دلیل (اقوی‌الدلیلین) است، و نه هر استحسان ظنی و بلادلیل![۳] مثالهای زیر گویای معنای «انصاف» و استحسان است:

ز ـ انصاف و استحسان

۱ـ «حکم به ضمان پیشه‌وران (در عقد استصناع)، و حکم به ضمان باربرهایی که مواد غذایی حمل می‌کنند.» قرافی می‌گوید: مالک در موارد یاد شده به استحسان فتوا داده است.[۴] گواینکه در این موارد، اصل عدم ضمان است (**لیس لامین ضمان**)، اما به خاطر رعایت احتیاط در حفظ اموال مردم (احتیاطاً لِاموال الناس) به ضامن بودن باربرها و پیشه‌وران فتوا داده‌اند. به تعبیر دیگر برای رعایت انصاف، در حراست از اموال مردم، ضامن بودن در موارد یاد شده **منصفانه** است.

۲ـ جایز بودن خرید اراضی عراق (سواد)، و عدم جواز فروش آن، دادن «مُتعه»[5] یعنی هدیه به زن پس از طلاق. قطع نکردن دست چپ و پای راست در سرقتهای مکرر. خصوصاً با

---

۱. آیات قرآن کریم، دلالت صریح دارند: در واقع «انفاق فی سبیل‌الله» برتر از عدالت است، و می‌بینیم که «انصاف» هم در ردیف «انفاق» آمده است!

۲. «اَلا اُخبرُکَ باشدّ ما افترض اللهُ علی خلقه، انصافُ الناس مِن اَنفُسِهم، و مواساةُ الاخ فی‌الله عزوجَلَ، و ذکرُالله علی کل حالٍ و...»

۳. اصغری، سیدمحمد، **عدالت و عقلانیت، در فقه و حقوق**، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۶.

۴. دکتر زلمی، مصطفی، **خاستگاههای اختلاف در فقه مذاهب**، مبحث استحسان، ص۴۰۷.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مکاتب حقوقی در حقوق اسلام**، چاپ اول، ص ۱۵۴، انتشارات ابن‌سینا، ص ۱۳۵۳، با آنکه در طلاق مطابق عدالت، حقوق مطلقه پرداخت شده، اما انصاف ایجاب می‌کند که هدیه هم بدهند.

عنایت به خبری از امام صادق (ع) که به نقل از امیرالمؤمنین (ع) فرمود:

«پیش خداوند شرم دارم که برای او، یعنی سارق، عضوی برای تغذیه یا طهارت باقی نگذارم»![1]

۳ـ صدقات مالی سفیه، برپایه قاعده غیرنافذ است، اما اگر نسبت به امر خیری برای پس از مرگ خود وصیّت کند، نافذ است. (در واقع انصاف، این تصرّف را تجویز می‌کند).

۴ـ در وصیت به منفعت، مخارج ملک علی القاعده، بر عهدهٔ ورثه است، زیرا که مالک منافع، ورثه هستند. اما فقهاء، مخارج نگهداری ملک را بر عهدهٔ «موصی له» گذاشته‌اند.[2] یعنی هرچند عدالت حقوقی مالک را مسئول تعمیر و نگهداری می‌داند، ولی انصاف به گونهٔ دیگری می‌نگرد.

۵ـ فقهاء گفته‌اند: ابراء طلب، در حکم وصول طلب است، لذا اگر مالیاتی بر آن تعلّق گیرد، برعهدهٔ بستانکار است، اما آن را بر عهده بدهکار بار کرده‌اند! و این هرچند با عدالت حقوقی نمی‌خواند اما، **منصفانه** است.

ـ در مسئله معادن، حنفی‌ها و شافعی‌ها، به قاعده عمل می‌کنند، و مالکِ زمین را مالک معدن هم می‌دانند، اما نحله‌های دیگر فقهی، انصاف و مصالح عامّه را در مالک نبودن مالک زمین، بر معدن می‌دانند. استدلال این است که در عقد «بیعِ» زمین، هرگز معدن مورد قصد واقع نشده است[3] (**ماوقع لم یُقصَدْ**)، مالک در زمان خرید زمین، تنها زمین را خریده است، و انصاف بر نمی‌تابد که مالک زمین، مالک معدن هم باشد، معادن در بطن زمین متعلق به تمام مردم است.

۶ـ تفاوت میزان طلب طلبکاران ورشکسته، در سهم آنان (طلبکاران) مؤثر است؛ یعنی در تقسیم اموال تاجر ورشکسته، هرکس براساس انصاف (در غیر معنی تنصیف) و به نسبت طلبی که دارد سهم می‌برد.

۷ـ در نظام حقوقی «کامن لا» (نظام حقوقی انگلیس و آمریکا) می‌گویند: **انصاف** قبول نمی‌کند که یک قانون نوشته، وسیلهٔ تقلّب گردد، مثلاً اگر مدیون، با حیله طلبکار را از طلب خود غافل نگه دارد، نمی‌تواند از قانون «**مرور زمان**» استفاده کند. یعنی این روش مخالف

---

۱. دکتر زلمی، مصطفی، **خاستگاههای اختلاف در فقه**، ص ۲۶۵، همان.

۲. محمدی، ابوالحسن، **مبانی استنباط**، ص ۲۴۰، همان.

۳. دکتر زلمی، مصطفی، همان، مبحث استحسان.

«انصاف (Equity) است.»[1]

۸ ـ حقوقدانان، در بحث از قاعده قرعه، «انصاف» را بر قرعه مقدّم می‌دارند، و می گویند، تا اماره یا اصل یا دلیلی (انصاف) در حل مشکل وجود داشته باشد، از قرعه استفاده نمی‌شود. یکی از اساتید می‌افزاید: «... تقدیم قاعدهٔ انصاف بر «قرعه»، خود نمونه‌ای از انصاف به معنی Equity است.»[2] در واقع حقوقدان، در تقدیم انصاف بر قرعه، قرعه را طریقی کور می‌داند، اما در تقدم «انصاف» بر قرعه، نوعی از عدل و عقلانیت، وجدان آدمی را مجاب می کنند.

نه فقط «انصاف» را بر قرعه مقدّم داشته‌اند، بلکه گاه انصاف را بر عدالت نیز حاکم دانسته و آن را در اولویت قرار داده‌اند. به گفته یکی از اساتید، انصاف در غیرمعنای تنصیف یک‌اصل عملی است. آدمی در بکار بردن انصاف استدلال می کند و تمام عوامل مؤثر در تصمیم را، دخالت می‌دهد. بر این پایه وقتی می گویند: «کار به قدر قدرت، و مُزد به قدر حاجت»[3] این «**انصاف**» است. چرا که ممکن است کارگر بیماری، قدرت انجام کار، بیشتر از دو ساعت در روز را نداشته باشد، و **انصاف** بر آن است که به هر تقدیر زندگی او باید اداره شود و با هر تمهید دارای زندگانی شرافتمندانه‌ای باشد. به نظر می‌رسد مقرراتی که در قوانین کار، قوانین مربوط به بیمه‌های اجتماعی، قوانین مربوط به تعاونی‌ها و امثال اینها به تصویب رسیده بر مبنای «انصاف» استوار باشد. یعنی مثلاً از نگاه کارفرما یا کارپذیر ممکن است استدلال شود که «مطابق مراضات حاصله»! او (کارفرما) مسئول مرخصی سالیانه، حداقل دستمزد، ازکارافتادگی، بیماری، بیمه، مرخصی زایمان، تأسیس مهدکودک، بازنشستگی و دیگر مشکلات زندگی کارگر نیست، اما «**انصاف**» هرگز داشتن حداقلّی از زندگی شرافتمندانه را فراموش نمی‌کند. در حالی که اگر عدالت و برابری ملاک قرار گیرد می گویند: «**مزد به قدر کار**»[4] یعنی مُزد دقیقاً در برابر کار قرار می‌گیرد، و مقدار مزد مساوی با مقدار کار می‌گردد که با مفهوم عدل و مساوات هماهنگ است، نه با «انصاف.»

---

۱. دکتر افشار، حسن، **حقوق تطبیقی**، ص ۶۵، همچنین در نظام حقوقی انگلیس و آمریکا می گویند: دادرسی حکم مبارزه مشروع را دارد. هر طرف می‌تواند دلایل قانونی و حقوقی خود را ارائه کند. ولی نمی‌تواند از طرف دعوا بخواهد که سند خاصی را ابراز نماید. در چنین حالتی «مُهردار» از سوی شاه دخالت می‌کرد و به‌طرف دعوا دستور می‌داد که سند موردنظر را ارائه و ابراز کند. این روش بر مدار انصاف تلقّی می‌شد.

۲. لنگرودی، **حقوق اسلام**، ص ۱۶۷، به نقل از محقق طباطبائی یزدی (سیدمحمد کاظم) **سؤال و جواب**، ص ۲۷۵.

۳. لنگرودی، حقوق اسلام، ص ۱۸۲ و بعد.

۴. همان، ص ۱۸۵.

۹ـ اصطلاح «**هیأت منصفه**»[1] که در جرایم سیاسی و مطبوعاتی کاربرد می‌یابد، از همین معنی انصاف (یعنی انصاف در غیر معنی تنصیف و عدالت و برابری) نشأت می‌گیرد. در رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی، نگاه به مجرم یا متهم سیاسی و مطبوعاتی، تماماً از دیدگاه حقوقی محض مایه نمی‌گیرد. چرا که در عرصه‌های سیاسی و مطبوعاتی و فرهنگی، متهم دنبال منافع شخصی (علی‌الاصول) نیست، بلکه در جرم شمردن رفتارها و هنجارهای یک متهم سیاسی باید تمام عوامل اجتماعی و سیاسی و فرهنگی و شرایط زمانی و مکانی، و خلاصه آنچه مؤثر در تصمیم‌گیری است، مورد لحاظ قرار گیرد و لذا در این عرصه «انصاف» را کارسازتر از عدالت حقوقی شمرده‌اند.

در همین موارد، بررسی «حیل» شرعی قابل تأمل بسیار است که برخی استفادهٔ از آن را مجاز دانسته‌اند.[2]

اما باید توجه داشته باشیم، که برخی از «حیله‌های»شرعی! و قانونی، اگر مجاز شمرده شود، تنها از دیدگاه عدالت حقوقی مجاز شمرده می‌شود. در پیشگاه «انصاف» که در واقع «عدالت برتر» به حساب می‌آید، «حیل» شرعی! و قانونی، هرگز جایگاه درستی ندارد.

ح ـ قاعدهٔ «عدل و انصاف»

توضیحاتی که در صفحات قبل از نظر خواننده گذشت، تفاوت عدالت حقوقی، انصاف و تنصیف را تا حدودی روشن کرد، اما آنچه فقهای امامیّه از قاعدهٔ «**عدل و انصاف**» در نظر دارند، محدودهٔ معینی را پوشش می‌دهد، و با «قاعده عدالت» که گستره وسیعی دارد، تفاوت چشم‌گیری پیدا می‌کند. نمونه‌هایی که در زیر ملاحظه می‌شود، مواردی است که دانشمندان و فقهاء در آن موارد به قاعدهٔ «**عدل و انصاف**» استناد کرده‌اند.

برخی مصادیق قاعدهٔ «عدل و انصاف»

برخی مصادیق قاعدهٔ عدل و انصاف مثل «مسئله دینار ودعی»، و «ثوبین»[3] را که در روایات هم به آنها اشاره رفته است، قبلاً ملاحظه کردیم. فقهای امامیه در موارد دیگری هم به این قاعده استناد کرده‌اند، از جمله: در «مال مشتبه» یعنی مال حلال که با حرام آمیخته شده، اگر مقدار مال حرام معلوم باشد، اما صاحبان آن اموال معلوم و معین نباشند، و مالکان مذکور

---

۱. اصغری، سیدمحمد، **جرم سیاسی و قواعد درأ و عسر و حرج**، ص ۲۰ و بعد.

۲. کاشانی، محمود، **نظریه تقلّب نسبت به قانون** (حیل)، دانشگاه ملی سابق (شهید بهشتی) ۱۳۵۲ ش.

۳. به صفحات قبل مراجعه فرمائید.

«محصور» و یا در میان عدد محصوری قرار گرفته باشند، تعداد معتنابهی از فقها به تقسیم «بالسّویه» اموال اعتقاد دارند، و در این موارد به قاعدهٔ «عدل و انصاف» تمسّک نموده‌اند.

محقق طباطبایی می‌نویسد:[1] «زمانی که مقدار مال معلوم و صاحب مال دقیقاً معلوم و مشخص نباشد، لیکن: «عُلِمَ فی عددٍ مَحصورٍ» در بین عدد محصوری، معلوم باشد (شناخته شود)، در وجوب تخلّص از جمیع، به هر طریقی که رضایت آنها (صاحبان اموال) حاصل شود، اعم از وجوب اجرای حکم مجهول المالک بر آن (مال)، یا استخراج صاحب مال با قرعه، و یا توزیع بالسّویه، طرقی هستند که ما را به مقصود می‌رسانند» اما خود «سیّد» توزیع بالسّویه را ترجیح می‌دهد و می گوید: «... او توزیع ذالک المقدار بالسّویة وجوهٌ، اقواها الاخیر.»[2] در نظر محقق یزدی «تسویه» که همان انصاف در معنای «تنصیف» است برتر شمرده شده است.

۲ـ صاحب **شرایع** معتقد است: اگر کسی برای همسایگان و به نفع آنها وصیّت کند، تا «چهل ذراع» از هر سوی خانه، موصی به صرف همسایگان می‌شود.[3]

۳ـ شهید ثانی در «**روضة البهیّه**»، در شرح نظر شهید اول که نظر بالا را برگزیده می گوید: این فتوا بین علمای امامیّه مشهور، و مقتضای «**عدل و انصاف**» است.[4]

۴ـ در دعاوی مربوط به «املاک» نیز، برخی از فقهاء به «تنصیف» فتوا داده‌اند. آیت‌الله خوئی می‌نویسد: گاهی برای هر دو طرف دعوا بیّنه وجود دارد، یعنی هر دو طرف با آوردن گواهان ملک را از آن خود می‌دانند... در این صورت اگر هر دو طرف سوگند یاد کنند، یا هر دو طرف نکول نمایند، «**کان المالُ بینهما نصفین**»،[5] مال به تنصیف بین آنها تقسیم می‌شود.

۵ـ شهید اول می گوید: وصیّت به نفع جماعتی، اقتضاء تساوی و «تسویه» را دارد، مگر آنکه موصی، در وصیّت خود قائل به برتری باشد، و فردی از جمع را، بر دیگران «تفضیل»، و ترجیح دهد. در این مورد هم مستند و ملاک همان قاعده «**عدل و انصاف**» است.

در این مسئله تفاوتی بین مرد و زن نیست، پس جماعت (موصی لهم) چه مرد باشد و چه زن، و چه مرد و زن مختلف باشند، یا وصیّت برای عموها و دایی‌ها باشد، تفاوت نمی‌کند

---

۱. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، **عروة‌الوثقی**، کتاب خمس، ص ۳۷، چاپ قدیم (بی‌تا).

۲. **عروة‌الوثقی**، همان، عبارت این است: «... ولو قال لجیرانه، قیلَ، کانَ لِمَنْ یَلیَ دارَةَ اِلی اربَعینَ ذراعاً مَنْ کل جانب.»

۳. حلّی (محقق) **شرایع الاسلام**، ج ۲، ص ۳۰۱، مؤسسه معارف اسلامی قم.

۴. شهید ثانی، **الروضة الهیّه، فی شرح لمعه الدّمشقیه**، ج ۲، ص ۳۷.

۵. خوئی، آیت‌الله سید ابوالقاسم، **تکملة المنهاج**، ج ۱، ص ۵۶.

و «موصی به» بالسویّه بین آنان تقسیم خواهد شد.[1]

آن‌گونه که مصادیق و مثالها نشان می‌دهد، در قاعدهٔ «**عدل و انصاف**»:

۱ـ نزاع بیشتر در امور مالی است.

۲ـ مورد از موارد مُشتبه است و هیچ یک از اطراف اختلاف مزیّتی بر دیگری ندارد، مانند آنکه هر دو سوگند می‌خورند، یا هر دو نکول می‌کنند و یا هر دو طرف بیّنه می‌آورند.

۳ـ در این قاعده «**انصاف**» در معنای تنصیف و تقسیم بالسویّه است و اصولاً مبنای تقسیم بالسّویه هم «ارتکازات عقلایی» می‌باشد.

۴ـ به نظر می‌رسد، قاعده عدل و انصاف که برای موارد مشتبه و «امر مشکل» لحاظ شده است، مثل قاعده قرعه، یک اصل عملی است، اما قاعده عدل و انصاف بر قرعه مقدّم است. چرا که در اقناع وجدان و تصمیم‌گیری نقش کارسازی دارد.

۵ ـ قاعدهٔ عدل و انصاف را شاید بتوان از متفرّعات قاعده «عدل» یا زیرمجموعه آن به‌حساب آورد، اما قاعدهٔ عدالت هرگز برای رفع مشکل، یا برای تعیین تکلیف در «امر مشتبه» نیست. قاعدهٔ عدالت، اعطای حقوق به صاحب حق و قرار دادن «شیء» در مکانت و منزلت آن است، در حالی که قاعدهٔ عدل و انصاف رفع مشکل می‌کند، اما ممکن است دادن حق به ذی‌حق از طریق این قاعده تحقق پیدا نکند.

۶ ـ با توجه به روایات و مثالها، می‌توان گفت قاعدهٔ عدل و انصاف غالباً یا تنها در شبهات موضوعیه کاربرد دارد، اما قاعده عدالت در شبهات حکمیّه هم راهگشای فقیه و حقوقدان است.

از سوی دیگر، همان‌گونه که بررسی‌ها نشان می‌دهد، قاعده عدل و انصاف، با نهاد یا اصطلاح «انصاف» هم تفاوتهایی دارد. قاعده عدل و انصاف در اختلاف و نزاع مالی، راه‌حل نشان می‌دهد، در حالی که «انصاف» در معنای «Equity» جایگاهی رفیع‌تر از عدالت و قاعدهٔ «عدل و انصاف» دارد، بلکه می‌توان «انصاف» را عدالت برتر نامید و در حل معضلات فقهی و حقوقی از آن بهره گرفت.[2]

---

۱. شهید ثانی، همان، ج ۲، ص ۳۷.

۲. برای بررسی‌های بیشتر، به: خوئی، آیت‌الله سید ابوالقاسم، **تکملة المنهاج**، جلد اوّل و دوّم مراجعه فرمائید.

فصل سوّم

انصاف و عدالت ترمیمی[1]

الف ـ تعریف

برخی از دانشمندان، **انصاف** را نوعی عدالت برتر شمرده‌اند، که علّت غایی قسط و عدالت بوده، و با توجه به اوضاع و شرایط، موجب اقناع وجدان در موارد خاص می‌گردد. این تعریف از «انصاف»، اصطلاح «**عدالت ترمیمی**» را متبادر به ذهن می‌کند.[2]

عدالت ترمیمی، که به گفته برخی از نویسندگان، از ظهور و احیای آن تنها ۲۵ سال می‌گذرد، چیست و چه تعریف یا تعاریفی از آن ارائه شده است؟ می‌گویند، یکی از تعاریف پذیرفته شده، تعریف «تونی مارشال» جرم‌شناس و نویسنده انگلیسی است. او می‌گوید:

«عدالت ترمیمی، فرآیندی است که در آن، کلیه کسانی که در خصوص یک جرم خاص سهمی دارند، گردهم می‌آیند، تا به طور جمعی، دربارهٔ چگونگی برخورد با آثار و نتایج جرم و مشکلات ناشی از آن، برای آینده تصمیم گرفته، و راه‌حلّی بیابند.»[3]

در تبیین تعریف یاد شده، به پنج ویژگی اشاره شده است، که به صورت زیر آنها را خلاصه می‌کنیم:

۱. عدالت ترمیمی دعوت همه اطراف «بزه» به مشارکت کامل است. در این مشارکت، بزهکار یا بزهکاران، بزه‌دیده یا بزه‌دیدگان، جامعهٔ محلی و ... در تأمین و اجرای عدالت

---

1. Restorative justice.

۲. توضیح اینکه هر چند اصطلاح عدالت ترمیمی مربوط به حقوق کیفری است، امّا «انصاف» از چنان گستره و شمولی بهره‌مند است که در عرصه‌های مختلف از جمله حقوق جزا هم می‌تواند کاربرد داشته باشد.

۳. دکتر غلامی، حسین، **عدالت ترمیمی**، ص ۹ و بعد، سمت، تهران، ۱۳۸۵.

مشارکت کرده و درگیر می‌شوند، و تنها یک فرد یا یک گروه، و یا نهادی به نام دولت، و «قاضی» یا دستگاه عدالت کیفری، سلطه انحصاری در اجرای عدالت ندارد.

۲. عدالت ترمیمی درصدد بهبود بخشیدن به چیزی است که نقض شده و صدمه دیده است. یعنی باید ببینیم «بزه‌دیده» چه نیازی دارد تا آرامش و بهبود پیدا کند. بزهکار در تکاپوی تأمین کدامین درمان و علاج است.

۳ـ تلاش برای «ایجاد احساس پاسخگویی کامل و مستقیم»، سومین ویژگی تعریف است. احساس مسئولیت و پاسخگویی که مربوط به اجرای عدالت ترمیمی است، پاسخگویی صرفاً تحمل مجازات یا خسارتها، و احساس دین و شرمندگی نیست، بلکه جبران صدمات وارده بر بزه‌دیده (از هر قبیل) است. جبران صدمات متعدّدی که در جامعه محلّی، و در اجتماع، متوجه بزه‌دیده و بزهکار گردیده است.

۴. «بازگرداندنِ وحدت و هماهنگی» به گسستی که در اثر ارتکاب جرم ایجاد شده، چهارمین ویژگی تعریف است. در واقع جرم در روابط افراد جامعه، شکاف ایجاد کرده و این روابط را مجرَوح، پریشان و پراکنده می‌کند و « عدالت ترمیمی» در تکاپوی آن است که علاج پیکرهای صدمه دیده و روحهای پریشان گردد، و آن روابط گسسته را دوباره حیات بخشد.

۵. ویژگی پنجم در تعریف، ناظر بر هدف عدالت ترمیمی است.جرم نه فقط موجب صدمات متعدد شده که نمایشگر شرایط ناعادلانه، و زمینه‌های مساعد وقوع جرم است. از سوی دیگر همان شرایط می‌تواند درگیری دامنه‌داری را میان دو طرف جرم موجب گردد... عدالت ترمیمی: «در جستجوی راههایی برای ترمیم وضعیّت‌های جرم‌زای موجود، و پیشگیری از جرم است.»[1]

به گفته زِهر (Zehr)، «این احساس وجود دارد که عدالت ترمیمی نه یک اقدام، یا مجموعه‌ای از اقدامات، بلکه یک فلسفه است. روش (نوین) نگرشِ به جرم و پاسخ به آن.»[2] «برایت ویت» می‌نویسد: «تا زمانی که اجتماع اصولاً بر این اعتقاد است که «**متخصصان**» می‌توانند از طرق علمی راه‌حلهای مشکل بزهکاری را پیدا کنند، این خطر وجود دارد که شهروندان از مشارکت در برنامه‌ها و اقدامات پیشگیرانه‌ای که توسط خود آنها انجام شدنی است، خودداری کنند. با این تلقّی، وقتی من شاهد ارتکاب جرمی هستم یا می‌بینم که همسایه کنار من در حال نقض قانون است، من فقط باید به کار خود برسم، زیرا افراد دیگری هستند

---

۱. **عدالت ترمیمی** (همان)، ص ۱۱.

2. Zehr. H (1994), justiu that heals: the vision and the practice. Stimulus 2 (3): 5-11.

که به‌عنوان پلیس، وظیفهٔ برخورد با این مشکل را دارند.»[۱]

«برایت ویت» پیشنهاد می‌کند:

«جرم زمانی کنترل می‌شود که اعضای اجتماع، از طریق مشارکت در تقبیح بزهکار و ایجاد شرمساری در وی، با تشریک مساعی منسجم، و در ضمن بازپروری بزهکار در اجتماع جهت تبدیل وی به شهروندی مطیع قانون اولین نقش را ایفاء کنند... اجتماع تلاش می‌کند تا مشکل بزهکاری خود را به دست خود حل کند، نه به دست پلیس و مراجع حرفه‌ای.

نقش قانون، در صورت فقدان مشارکت اجتماعی، صرفاً ناظر به فرآیندهای اعمال مجازات و به صورتی بی‌معنا خواهد بود، مگر آنکه با مشارکت اجتماعی، چنین نقشی واجد **وصف اخلاقی** شده، در حلّ مشکل جرم، به مراجع ذیصلاح کمک کند.»[۲]

آن گونه که پیداست « **عدالت ترمیمی**»، با تکیه بر «**انصاف**» و نگاه به همه جوانب موضوع، پاسخهای جدیدی به جرم و مجازات می‌دهد. در این نگرش، میانجی‌گری، نشست‌ها و کنفرانسها، حلقه‌ها و محافل، مذاکرات اطراف جرم و نزدیکان بزهکار و بزه‌دیده، درگیرشدن «جامعه محلی» و در مجموع اجتماع و ... به جای روشهای رسیدگی ترافعی و تخاصمی که «بزهکار» و دولت (حکومت) را رو در روی هم قرار می‌دهد، می‌نشینند، و با تمهید مقدمات گوناگونی، بزه‌دیده، بزهکار و سایر «**سهامداران عدالت**» را چهره به چهره می‌کنند، و بدین‌شیوه نتیجه یک فرآیند ترمیمی، در صورت موفقیت، حصول همگرایی و «توافق»ی خواهد شد، که در آن برخلاف نتایج عدالت جزایی و کیفری، یک طرف بازنده و طرف دیگر برنده نیست. این روش موجب کاهش بزه و گناه، و افزایش امنیت می‌شود.[۳]

«**عدالت ترمیمی**» با در نظر گرفتن تمامی مصالح و شرایط، با آموزه‌های بومی و فرهنگی و اعتقادی، می‌تواند پیوند داشته باشد، و هرگز منافی ارزشهای متعالی نیست. در این شیوه از اجرای عدالت، کلیه وظایف، و حل تمامی مشکلات ناشی از جرم بر عهدهٔ مجرم یا «بزهکار» نیست، چرا که قدرت و توان مجرم محدود است، و گاه اساساً توانایی و امکانی ندارد. در عمل هم، ناتوانی اقتصادی، و نابرابری اجتماعی، فقدان عدالت و پاره‌ای شرایط دیگر در وقوع جرم نقش دارند.

«مارشال» در این زمینه می‌افزاید:

---

۱. همان. ص ۱۴ و بعد.

2. Braith waite.j. (1989) p.6.

۳. بقره/ ۱۸۷.

«کسانی که احساس می‌کنند، به طرز **غیرمنصفانه‌ای** به آنها بی‌احترامی شده است، کسانی که از ارزشهای اجتماعی بریده‌اند، احتمالاً برای جامعه و قوانین و ارزشهای آن کمترین میزان احترام را قائل‌اند. اگر اجتماع به چنین افرادی بی‌توجّه باشد، کنترل غیررسمی مؤثر نخواهد بود...»[1]

همان گونه که دیده می‌شود، عدالت ترمیمی، با توجه به «**منصفانه**» بودن عمل نه تنها در اندیشه مساعدت به «بزه‌دیده» برای بازیافتن کنترل بر مسائل و مشکلات زندگی اوست، بلکه در عین «پاسخگو» دانستن بزهکار به او شخصیت می‌دهد، آثار واقعی رفتار مجرمانه او را تبیین می‌کند، و مجرم را به پذیرش مسئولیت اعمال خود تشویق می‌نماید.

ب ـ ریشه‌های مذهبی عدالت ترمیمی

سخن از عدالت ترمیمی (که در جای خود، به طور گسترده باید به آن پرداخت) در این بخش، اشاره‌ای گذرا، به تعریف و ارکان و عوامل عمده آن، به خاطر قرابتی است که، به زعم نویسنده، با «**انصاف**» یا **عدالت برتر** دارد. چیزی که در تعریف «ارسطو» حکیم یونانی مورد اشاره قرار گرفته است.[2] از سوی دیگر « عدالت ترمیمی»، شاید تازه‌ترین برخورد با عدالت باشد، که به گفته نویسندگان، از ظهور مجدد آن، بیش از ۲۵ سال نمی‌گذرد. اما همین مفهوم دارای ریشه‌ها و اصول و مبانی کهنی در آموزه‌های اسلامی است. آموزه‌هایی که پرداختن به آنها مجال وسیعی می‌طلبد، اما تا جایی که این نوشته گنجایش دارد، اشاره به آن مبانی و آموزه‌ها می‌تواند، مفید و هدایتگر باشد، خصوصاً در بررسی نهاد فقهی و حقوقی «**انصاف**» که تأمّل در آن می‌تواند مشکلات فراوانی را از سر راه بردارد.

برخی از نویسندگان منصف غربی به ریشه‌های مذهبی عدالت ترمیمی تأکید کرده‌اند. آنها معتقدند که در «**سنت**»های مسیحی و یهودی هم، عدالت ترمیمی جایگاه استوار و عمیقی دارد. آنها می‌گویند: «انجیل، بویژه عهد عتیق آن که بیشتر بر سزادهی منطبق است، مورد تحریف و سوءتعبیر قرار گرفته است. بنا به نظر زِهر (Zehr)، این سخن انجیل که **چشم در مقابل چشم** باید مجازات شود، مشوّق و مؤیّد نوعی تناسب است، نه تأکید بر اجرای کیفر و انتقام.[3] از این نظر، این قاعده در راستای عدالت ترمیمی و کاهش آثار زیانبار اخذ انتقامِ بدون

---

۱. غلامی، دکتر حسین، **عدالت ترمیمی**، ص ۲۰ و بعد، تهران، سمت، ۱۳۸۵.
۲. ارسطو، **اخلاق نیکو ماخوس**، شماره (A)، ۱۱۳۸.
۳. در این مورد، قریباً آیات کریمه قرآن مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

ضابطه و بی‌حدّ و حصر است.»[1] همین نویسندگان اعتراف می‌کنند که «زندان»ها نقش قابل توجهی در اصلاح و عدالت ندارند، و تمرکز اصلی آنها بر منزوی، و بیگانه یا «بریده» کردن بزهکار از جامعه است.

متأسفانه در این عرصه، به جایگزینهای حبسها و زندانها نیز توجه نشده است. اگر دقت کنیم، مجرم می‌تواند به انجام خدمات اجتماعی بپردازد و از آن طریق، نه تنها جزای نقدی را به «بزه‌دیده» پرداخت کند، بلکه در عین حال خانواده خود را نیز اداره نماید، و با ارزیابی رفتار خویش، احساس نوعی «**احیاء**»، و «**ندامت**» کند و در برگشت به زندگی و جامعه تلاش نماید. اینک در تکاپوی این حقیقت هستیم که نظام حقوقی و کیفری اسلام، بویژه فقه سرشار امامیّه، و اصول و مبانی «انصاف» و عدل اسلامی، چه ریشه‌ها و مبناهایی در « عدالت ترمیمی» دارد، و چگونه می‌توان در یک بررسی تطبیقی ریشه‌های اسلامی و فقهی و روایی « عدالت ترمیمی» را شناسایی کرد.

ج ـ عدالت ترمیمی در معارف اسلامی

۱ـ همراهی حقوق و اخلاق: در فقه و معارف اسلامی، نه تنها حقوق از دریای اخلاق جدا نیست، بلکه اساس و شالوده سیاست، اقتصاد، آموزش و تربیت و به طور کلی اساس اجتماع هم، بر اخلاق و معنویت استوار است. این سخن بلند که عصاره معنویت است، لب و اساس و کلیت موضوع را بروشنی بیان می‌کند: «**بُعثت لاتمم مکارم الاخلاق**»! اساس اخلاق هم «توحید» و هدفداری آفرینش است. بدون این شالوده مستحکم و عظیم «حُسن و قبح» و بدی و خوبی و باید و نباید، ساختار قابل اعتمادی نخواهد داشت. نه فقط قانون و حقوق بلکه «حقوق فطری» و طبیعی هم، بدون تکیه و تأکید بر توحید و شعور کلیِ خلقت، بی‌معنا و بی‌پایه خواهد بود.[2]

جدایی حقوق و اخلاق،[3] و همچنین جدایی اخلاق و اقتصاد چنان آثار مخربی بر سیستم‌های حقوقی و اقتصادی نهاده که شیرازه معنویت جمعی، خصوصاً در جوامع صنعتی از هم گسسته، و همین گسستگی و پریشانی است که دوباره دلسوزان و دانشمندان جامعه را در تکاپوی یافتن راه علاج انداخته و آنان را به احیای حقوق فطری و « عدالت ترمیمی» وادار

---

۱. غلامی، دکتر حسین، همان، ص ۲۱ و بعد.

۲. مطهری، شهید مرتضی، **مبانی اقتصاد اسلامی**، ص ۱۸۰ و بعد.

۳. نصر، سیدحسین، **جوان مسلمان و دنیای متجدد**، چاپ اول، ص ۱۲۰ و بعد.

ساخته است. (صاحب زمانی، خداوند دو کعبه، ۱۳۴۷: ۷۰ و بعد، عطائی).

«احکام خمسه» که عبارت از حرام، واجب، مستحب، مکروه و مباح است، در حقوق اسلامی در یک صورت‌بندی گرد آمده‌اند. در واقع احکام «مستحب و مکروه» در صف حقوق نیست، بلکه در جرگه اخلاق است اما فقه اسلامی آنها را از هم جدا نکرده، بلکه در بین احکام سلسله مراتبی را در نظر گرفته است، که با آن سلسله مراتب و این تقسیم‌بندی، اخلاق و حقوق در هم تنیده‌اند.[۱] عبارت بسیار عمیق و زیبای «**حسنات الابرار، سیئاتُ المقرّبین**»، در حقیقت مراتب افراد و حدود توقع را بخوبی نشان می‌دهد، و در همین موارد است که با توجه به جمیع جهات در وقایع اخلاقی و حقوقی، گاه «انصاف» به جای عدالت میدان‌داری می‌کند!

از بین دانشمندان و فلاسفه غربی، «ریپر، و بنتام» هم اخلاق و حقوق را دارای یک‌ریشه و خاستگاه معرفی می‌کنند.[۲] در این زمینه مواد ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۱۹۱ همان قانون قابل تأمل است.

فقهاء می‌گویند اگر جرم به وسیله «**اقرار**» متهم به اثبات رسیده باشد، در تنبیه مجرم، ابتدا حاکم (قاضی) اقدام می‌کند،[۳] و اگر با «**شهادت**» و گواهی گواهان ثابت شود، ابتدا **شهودی** که موجب اثبات جرم بوده‌اند(!؟) در مجازات مجرم اقدام می‌کنند. این شیوه در واقع شاهد را در شهادت خود مسئول، و به طور کلی او را شریک در مسئولیت حقوقی و اخلاقی می‌کند.

از سوی دیگر، در هر بحث فقهی و حقوقی در نظام حقوقی اسلام، پیش از ورود به اصل بحث، از «مستحبات و مکروهات» آن سخن می‌رود. در عقد بیع، می‌گویند بهتر آن است که بازرگان دیرتر از دیگران به «حجره» برود! و زودتر از سایرین محل تجارت را ترک گوید، یعنی به حرص و ولع میدان ندهد.[۴]

«کوزه چشم حریصان پُر نشد تا صدف **قانع نشد** پر دُر نشد»[۵]

همچنین نوشته‌اند: اگر خریدار درخواست اقاله کند، بهتر است بایع تقاضای او را بپذیرد، که خداوند از تقصیرات فروشنده خواهد گذشت. نگاه به موارد وقف در طول تاریخ، و دقت در نهاد فقهی «**اوقاف**» و سازمانهای به اصطلاح خیریّه، در هم تنیدگی «حقوق

---

۱. جعفری لنگرودی، **مقدمه عمومی علم حقوق**، بخش حقوق و اخلاق.
۲. کاتوزیان، ناصر، **مقدمه علم حقوق، حقوق و اخلاق**، ص ۶۰ و بعد.
۳. جعفری تبریزی، محمدتقی، **خاتم پیامبران**، ج ۲، ص ۲۶، تهران چاپ اول، حسینیه ارشاد.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مقدّمه عمومی علم حقوق**، ص ۲۰ و ۲۱ و بعد، گنج دانش، ۱۳۷۱.
۵. رومی، مولانا جلال‌الدین محمد، **مثنوی معنوی**.

و اخلاق» را نشان می‌دهد. رسوم و عاداتی که اکثر مدارس علمیّه و حوزه‌ها و «نظامیّه‌ها» را اداره می‌کرده[1] است.

در مبحث «بیع» در اکثر کتابهای فقهی با عنوان «آداب بیع» برخورد می‌کنیم. این عنوان وحدت حقوق و اخلاق یا دست کم وحدت و یگانگی مبانی این دو نهاد عظیم و کارآمد را نشان می‌دهد. زیر همین عنوان (آداب بیع)، از جمله می‌خوانیم:

«معامله‌گر باید **انصاف** را با تمام معامله‌کنندگان یکسان مراعات کند و میان «جلیل و حقیر» تفاوت نگذارد. نیاراستن بی‌اساس کالا و پنهان نکردن عیوب آن، سوگند نخوردن در خرید و فروش که فرمود: «**ویلٌ لِلتّاجر مِن لا واللهِ، و بلی واللهِ**» یعنی: وای بر تاجران از سوگندهای «لا والله، و بلی والله گفتنشان»![2] آسان گرفتن در خرید و فروش، تکبیر گفتن بعد از خرید و فروش، خودداری کردن از گفتن عیوب کالاهای دیگران و بیان خوبی‌های کالای خود، سود گرفتن در حد نیاز خود! عمل به وعده احسان که به دیگران داده است، نیفزودن بهای کالا در صورت هجوم و افزایش تقاضا![3] مداخله نکردن در معامله دیگران، نپذیرفتن وکالت بادیه‌نشین توسط شهرنشین، به پیشواز قافله‌ها نرفتن،[4] خودداری از احتکار و انبار کردن کالا به قصد گرانی، خودداری کردن از ربا در هر صورت و شمایل!»[5]

آنچه در بالا آمد نه تمامی ادب و آداب بیع، بلکه برخی از آنهاست و این شیوه در آداب «بیع» است که یک عمل عبادی نیست و تمامی این مقدمات و شرط و شرایط و آداب، همراهی و هماهنگی حقوق و اخلاق را نشان می‌دهد و انصاف را که چراغ و به قولی «چوبدستی» عدالت است، بخوبی ترسیم می‌کند و به تعبیر دیگر عدالت برتر یا «عدالت ترمیمی» را که هردو موجب اقناع وجدان هستند، توصیف و معرفی می‌نماید.

متأسفانه بعد از «رنسانس» و خصوصاً در قرون ۱۷ و ۱۸ و پس از به اصطلاح «انقلاب صنعتی»، آن گونه که ویل دورانت در کتاب «**لذات فلسفه**»[6] مفصلاً بیان و تبیین می‌کند، نه فقط اخلاق از حقوق جدا شد، که اخلاق و معنویت اساساً از عرصه‌های اقتصاد و سیاست و هنر و

---

۱. جعفری لنگرودی (همان).
۲. **ویلٌ لِلتّاجر مِن لا وَالله، و بلی والله! وسائل الشیعه** (ج ۱۲، باب ۲۵، ص ۳۱۰).
۳. **اِذا نادیَ المنادی لَیسَ لَکَ اَن تزید!** علی(ع) (**وسائل، همان**، باب ۴۹، ص ۳۳۷).
۴. «**تلقّی رکبان**»! و «**بیع حاضر للبادی**» **لمعه و شرح لمعه**، شهید اوّل و شهید دوّم.
۵. شهید اول، **لمعه**، کتاب بیع، آداب بیع و نیز **شرح لمعه شهید دوم**.
۶. ویل دورانت، **لذات فلسفه**، ترجمه عباس زریاب، ص ۱۶۰ و بعد، سازمان انتشارات، ۱۳۶۹.

ادبیات، و به گفته مرحوم «صدر بلاغی» از کلیه شئون زندگی به یک سو رفت. اساس همهٔ این «جدایی‌ها» جدایی انسان از خداوند بود. چیزی که به نام «عقل» ابزاری، و «علم»[1] و «تجربه» پا گرفت و ماده را از معنا، و دین را هم از دنیا جدا کرد.[2]

جدایی اخلاق و حقوق، و میان‌داری **«اومانیسم»** که نوعی «فردیّت» و بت‌پرستی جدید[3] بود، در حقیقت «انصاف» را هم، از «عدالت» جدا کرد و ... همان چیزی که می‌توان آن را به نحوی با « عدالت ترمیمی» مقایسه کرد:

مجازاتهای «تعزیری» هم که مجازات نامعین بوده و در اختیار قاضی عادل و عالم (مجتهد) اسلامی است، پیوستگی حقوق و اخلاق را نشان می‌دهد. قاضی دانشمند که علم و عدل را همراه دارد، با توجه به جمیع شرایط متهم (وضع اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، طبقاتی، جغرافیایی، خانوادگی، تحصیلات و ...) او را «تأدیب»! و «اصلاح» می‌کند.

۲. عفو و گذشت: اگر جهت و مسیر حرکت پیامبر اسلام(ص)، در جرایم و مجازاتها، به درستی و دقت شناخته نشود، ما نیز چون برخی به کج‌روی و انحراف خواهیم افتاد، و مجازاتهای حقوق کیفری، یا برخوردهای نظام حقوقی اسلام را «خشن» خواهیم دانست. ویژگی حرکت، و به اصطلاح **«گفتمان»**[4] رسول خدا(ص)، دعوت به رحمت و گذشت و «عفو» در برابر چنگ زدن به انتقام و خشونت است. هرگز قانون «قصاص» را در آن عصر و نسل و در آن شرایط خاص جغرافیایی، نباید نماد خشونت شمرد. قانون قصاص بر انتقام و خشونت، با تمام حکمت و توان مهار زد.

در عصر و مصری که برای یک قتل هزاران قتل و برای یک توهین ساده، گاه دهها توهین و ضرب و حرج رخ می‌دهد، و به قول یکی از اساتید در برابر یک «متلک» خونها بر زمین می‌ریزد، قرآن و معلم قرآن، می‌گوید در برابر یک قتل فقط یک قتل، و در برابر یک چشم و یک دندان، تنها یک چشم و یک دندان باید آسیب ببیند، و نه بیشتر.[5]

---

1. Science, Reason

۲. بلاغی، صدرالدین، **برهان قرآن**، ص ۲۰۰ و **جاهلیّت قرن بیستم**، محمد قطب، ترجمه صدرالدین بلاغی، ص ۱۸۰، امیرکبیر، ۱۳۴۶.

۳. به نصر، دکتر سید حسین، **جوان مسلمان و دنیای متجدد**، و «**آزادی، حق، عدالت**» اسماعیل خوئی، و کتاب «**فرهنگ و دین**»، زیر نظر خرّمشاهی و ... مراجعه فرمائید.

۴. مجتهد شبستری، محمد، **نقدی بر قرائت رسمی از دین**، ص ۳۴۹، چاپ دوم، طرح نو، ۱۳۸۱.

۵. «**اَنَّ النفسَ بالنفس، و العینَ بالعین**»، مائده / ۴۵.

آیات قرآن کریم، در زمینه عفو و گذشت، با توجه به زمان و فضای حاکم، به معجزه می‌ماند. نه فقط بر خشونت و بربریّت قبیلگی مهار می‌زند، بلکه در ادامه می‌فرماید: «... **فَمَن عُفِیَ لَهُ مِنْ اخیه شیءٌ، فَاتّباعٌ بالمعروفِ، و اداءٌ الیه باحسان...**»[1]، به لحاظ عدالت و برابری، قصاص نوعی حق محدود است، امّا اگر قاتل را عفو کنید، پیروی از خوبی و احسان کرده‌اید. بالاتر از عدل که همان احسان، و از یک نگاه همان «انصاف» و به اصطلاح عدالت برتر است. اگر عفو کنید خداوند را راضی کرده‌اید؟! نکته بسیار باریک‌تر و ظریف‌تر، «اتّباعٌ بالمعروف» و «اداءٌ بالاحسان» و واژه «**اخیه**» در آیه است.

نخست اینکه اسلام «قاتل» را برادر دینی معرفی می‌کند.

دوم، عفو و گذشت را پیروی از نیکویی‌ها و خوبی‌ها بر می‌شمارد و بر آن تأکید می‌ورزد.

سوم: دیه یا خون‌بها هم باید با مهربانی و احسان مبادله شود.

ورّاث مقتول در گرفتن خون‌بها سخت‌گیری نکنند (انصافی که بیش از عدالت و برتر از آن است)، و قاتل هم در پرداختن دیه کوتاهی یا تکبّر نداشته باشد. قرآن ادامه می‌دهد: «**ذلک تخفیفٌ مِن ربکم و رحمةٌ**»! حکم عفو یا گرفتن دیه موجب آسایش و تخفیف است! نیز باعث رحمت و مهربانی و اطمینان است، و طرفه‌تر آنکه: «**فمن اعتدی بعد ذلک،...**» اگر کسی پس از عفو یا دیه، ستم و تجاوز کند، گرفتار عذابی دردناک خواهد شد.

آیات بلند و حکمت‌آمیز قرآن، واقعاً «**شفای**» دردهای اجتماعی است. برخورد با زندانیان، و گشت و گذار در زندانها، و ژرف‌نگری در هنجارهای «خشن» و انتقام‌گرایانه، نشان می‌دهد که، خشونت و مجازات (همان طور که دقّت در آیه کریمه هم نشان می‌دهد)، هرگز دردی را دوا نمی‌کند، البته در کوتاه مدّت مسکن است، امّا حرکت قرآن حقیقتاً به‌سوی عدالت برتر، و رحمت و محبّت و عطوفت است، و آنچه عنصر اصلی و اساسی قرآن و رسالت است، همین **جهتِ حرکت** است که اساس «پیام» را پی‌ریزی می‌کند، و آن سیر به سوی «عطوفت و رحمت» است.[2]

در همین زمینه آیات ۳۷ تا ۴۱ سورهٔ شوری شگفت‌تر می‌نماید و «جهت حرکت» را

---

۱. «**یا ایها الذین آمنوا، کتب علیکم القصاص فی القتلی، الحُرُّ بالحُرّ، و العبد بالعبد، و الانثی بالانثی، فَمَنْ عُفِیَ لَهُ مِنْ اخیه شَیٌ، فاتّباعُ بالمعروف، و اداء الیه باحسانٍ، ذالک تخفیفٌ مِن ربکُم، و رحمةٌ، فَمَن اعتدی بَعدَ ذلک، فَلَهُ عذابٌ الیم**»(بقره/ ۱۷۸).

۲. به عبارات «رحمت» و آیات کریمه در مورد «رحمةً العالمین» رجوع کنید، مائده/۴۵. همچنین در مورد عفو و گذشت به آیات: نساء/۱۴۹، آل عمران/۱۳۴.

به‌روشنی و وضوح نشان می‌دهد، آنگاه می‌فرماید: «**جزاءُ سَیّئةٍ، سَیّئةٌ مِثلها**»![1]

آری، بدی را با «بدی» می‌توان پاسخ داد (عدالت حقوقی)! امّا آنکه می‌بخشد و صلح می‌ورزد، پاداشش و «اجرش» با خداوند است و ادامه آیه: «اِنَّ الله لایُحِبُّ الظالمین»!؟ خداوند ستمگران را دوست ندارد!

به گفته محی‌الدّین بن عربی[2] (فصّ یونس ـ ذوالنون)، گویی **قصاص** هم نوعی «بدی» و ستم است!

علّامه طباطبایی، از قول زمخشری در پاسخ می‌نویسد: «... از این رو هر دو عمل را سیئّه و بد خوانده، که با هر کس چنان رفتاری شود ناراحتش می‌کند، ظالم با ظلم خود مظلوم را ناراحت می‌کند، و مظلوم هم با انتقام خود ظالم را، پس در آیه شریفه حقیقت معنای کلمه رعایت شده، البته این نکته را هم گنجانده که، مجازات ظلم ظالم، باید مثل آن باشد، نه بیشتر که در این صورت عملی است پسندیده وگرنه عمل زشتی خواهد بود.»[3]

این انصاف و عدالت برتر، در روایات معصومین(ع) نیز مورد تکیه و تأکید فراوان قرار گرفته، و اخبار هم حرکت به سوی عطوفت و رحمت را بخوبی نشان می‌دهد؛ آنهم نه فقط در امور جزئی و روزمرّه، که حتی در عرصه‌های «انتقام» و قصاص هم جهت حرکت به سوی عفو، صلح و محبّت است.

۳ـ در روایات: روایات پرشماری در این عرصه به چشم می‌خورد که تنها برای نمونه، چند فقره را مرور می‌کنیم:

ـ کسی که گذشت کند، و از خونی در گذرد، جز بهشت پاداش او نیست.»[4]

ـ «... سؤال کردم از امام صادق(ع) در مورد کلام خداوند که فرموده است: «**فمن تصدّق بِهِ فهو کفّارةٌ له**»، گفت: از گناهان بنده‌اش می‌گذرد، و آنان را می‌پوشاند، به همان مقداری که فرد گناهان دیگران را بخشیده است.»[5]

---

۱. شوری/۳۷ و بعد، خصوصاً آیه ۴۰.

۲. ابن عربی، محی‌الدّین، **فصوص الحکم**، فصّ یونس(ع). دارالکتب، بیروت، ۱۳۶۵ ق.

۳. زمخشری، **تفسیر نورالثقلین**، ج ۱، ص ۶۳۷ و محی الدین ابن عربی، **فصوص الحکم**.

۴. محمدی ری‌شهری، **میزان الحکمه**، ج (ق ـ ل)، ص ۱۵۷ و بعد.

۵. علامه طباطبائی، **المیزان**، ج ۳۵، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، ص ۱۰۵، مرحوم علامه در همین زمینه به آیه: «فمن اعتدی، فاعتدوا علیه...» (بقره/ ۱۹۴) هم اشاره دارند، باز هم آن تلمیح ابن عربی، زیبایی خود را دارد: اعتداء در مقابل اعتداء!

ـ «دو چیز است که ثوابش قابل توزین نیست: عفو و عدالت.»(غررالحکم)[۱]

ـ «اگر ماندم، من ولیّ و صاحب خون خودم هستم، اگر مردم، مرگ میعاد من است، اگر بخشیدم، عفو موجب نزدیکی‌ام به خداوند و حسنه‌ای برای شماست. پس عفو کنید، آیا دوست ندارید که خدا، شما را عفو کند.»[۲]

ـ «بدترین مردم کسی است که، از لغزش دیگران نمی‌گذرد، و عیب مردم را نمی‌پوشاند.»[۳]

ـ «آن که از ستم و مظلمه‌ای درگذرد خداوند آن گذشت و عفو را به بزرگی و عزت دنیا و آخرت تبدیل می‌کند.»[۴]

ـ «از بدی‌ها و گناهان در گذرید، و هرگز حدّ و مرزی بر عفو و گذشت ننهید.»[۵]

ـ «عفو، احقّ و برتر از هر چیزی است که به آن عمل شود.»[۶]

ـ «... شبی (در معراج) قصرهای مستوی و زیبا از جلو دیدگانم گذشت که بر بهشت مشرف بود(!) به جبرئیل گفتم آنها از برای چه کسانی است؟ گفت برای فرو برندگان خشم، و عفوکنندگان و بخشندگان مردم است، و خدا نیکوکاران را دوست دارد!»[۷]

ـ «ما خاندانی هستیم، مروّت ما گذشت و عفو مردمی است که به ما ستم کرده‌اند.»[۸]

۴ ـ نگاه به مجرم: در پیشگاه «انصاف» و عدالت ترمیمی، نگاه به مجرم یا بزهکار، در واقع باید نگاهی از سردرد و مهر باشد، نه از منظر «انتقام» و قهر. در این دیدگاه نه فقط «بزه‌دیده»، مظلوم است، بلکه انسان «بزهکار» و متجاوز هم به نوعی مصیبت‌زده، دردمند، و

---

۱. آمدی، **غررالحکم**، تصحیح ارموی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۰.

۲. علی بن ابی‌طالب(ع) **نهج‌البلاغه**، وصایا، وصیّت به فرزندان (امام حسن(ع): **«... انْ اَبق فاناً وَلِیُّ دمی، و انْ اَفْنَ فالفناءُ میعادی، و انْ اَعفُ فالعفولی قُربةٌ و هو لکم حَسَنَةٌ. فَاعفوا: اَلا تُحِبّونَ اَنْ یَغفرالله لکم.»**

۳. محمدی ری شهری، (همان) عبارت این است: **«شَرُّ الناس مَن لایعفوا عَن الزَّلة، و لا یَستَر العورةَ.»**

۴. مجلسی، علّامه، **بحارالانوار**، ج ۷۱، ص ۴۲۰: **«مَنْ عَفی عَن مَظلمةٍ، اَبدْ لَهُ اله بها عزّاً فی الدنیا و الآخرة»!**

۵. «ری‌شهری (همان)، ج ۴، ص ۳۶۸: عبارت چنین است: **«تجاوز و اعن الذنبِ ما لم یکنُ حَدّاً.»**

۶. **کنز العُمّال**، خ ۷۰۰۴: **«العفوُ، اَحَقُّ ما عَمِلَ به.»**

۷. همان، خ ۷۰۱۶: **«رایتُ لیلتاً اُسری بی قصوراً مُستویةً، مَشرفةً علی الجنّة، فقلتُ یا جبرائیلِ لمن هذا؟ فقال: للکاظمینَ الغیط، و العافین عن النّاسِ، و الله یُحبّ المحسنین.»**

۸. **بحارالانوار**، ج ۷۱، ص ۴۰۱، **«انا اهلَ بیت، مُرُوّتنا، العفو عمَّن ظلمنا»!**

قربانی است. قربانی شرایطی که او را احاطه کرده، و از او عنصری گناه آلوده و ستمگر ساخته است، امیرالمؤمنین علی(ع) فرمود:

«**و مَنْ ضاق علیه العدلُ فَالجورُ علیه اَضیقَ**»! کسی که عدالت و داد برای او تنگنا و مضیقه باشد، به طریق اولی، ستم و ستمگری بر او نفس‌گیرتر، و شکننده‌تر است.[1]

بر این اساس، مسئولان و عدالتگران، بر «مجرم» هم باید، نگاهی از زاویه علاج داشته باشند. برخی از روایات، خصوصاً برای کارشناسان «دادگستری» و پویندگان راه و روند «عدالت ترمیمی» سخت آموزنده است.

ـ پیامبر(ص) فرمود: «خداوند بنده خود را دوست دارد، (در حالی که) از کار زشت و از گناه او بیزار است، کار خوب بنده را دوست دارد، (هر چند) تن او را (به خاطر کفر و کفران) نمی‌پسندد.»[2]

ـ امام صادق(ع) نیز فرمود: «... و اگر فرد کار زشت کند، کار بد او مورد نفرت خداوند است، امّا، خود فرد دوست او (و مورد محبّت) اوست!»[3]

ـ علی(ع) به مالک اشتر: ... آن که به تو دسترسی ندارد، به او تفقّد بیشتر کن، آن که چشمها او را خوار می‌بینند، و «رجال»! آنها را تحقیر کرده و کوچک می‌شمرند، آنان به **انصاف** نیازمندترند.»[4]

این سخن سرشار و عمیق را نیز به حضرت مسیح(ع) نسبت داده‌اند که فرمود:

«از گناه نفرت داشته باشید، امّا به گناهکار عشق بورزید»[5] تا نجات یابد. برخی نویسندگان می‌گویند که: «**احساس شرمساری**»[6]... که در نتیجه طرد بزهکار از سوی جامعه ایجاد می‌شود، در صورتی که با واکنش مناسب اجتماع جهت تبدیل بزهکار به شهروندی مطیع قانون توأم شود، نقش بسیار مؤثر در کنترل بزهکار ایفا می‌کند.[7]

۵ـ توبه، و ندامت: در عرصهٔ انصاف و عدالت ترمیمی، توبه و ندامت می‌تواند به‌مثابه

---

۱. **نهج‌البلاغه**، خطبه‌ها.

۲. ابن ابی الحدید، **شرح نهج‌البلاغه**، ج ۹، ص ۱۷۸.

۳. محمدی ری‌شهری، **میزان الحکمه**، ج ۴ ـ ف، ص ۲۵، مرکز نشر قم، ۱۳۶۹.

۴. فیض‌الاسلام، **نهج‌البلاغه شریف**، عبارت این است: «**و تفقد امور من لایصِلُ الیک منهم، مِمّن تقتحِمُهُ العیونُ، وَ تحقرُهُ الرجال... فان هؤلاء مِنْ بین الرعیّه اَحوَجُ الی الانصاف من غیرهم...**.»

5. Hate the Sin and love the sinner

6. Sence of Shaming

۷. برایت وَیت، نقل از کتاب **عدالت ترمیمی**، (همان).

دارویی بسیار شفابخش و درمانگر عمل کند. در جرایم و گناهان فراوان، مجرم می تواند بموقع توبه کند و خصوصاً در حقوق الله، از مجازات نجات یابد. نبستن راه و روش توبه، در بازسازی جامعهٔ مجروح و بازپروری «بزه‌دیده» و بالاخص بزهکار، چنان نقش بالایی دارد، که اگر درست و بجا انجام پذیرد، شاید بتوان گفت که بهترین و شفابخش‌ترین درمان است. آیات قرآن کریم و روایات، خصوصاً در تقویت عدالت ترمیمی، عبرت‌انگیز است. قرآن نه تنها توبه را طریق علاج معرفی می‌کند که یأس و نومیدی را نیز بشدت زشت می‌دارد. به **آیات** زیر توجّه کنیم:

ـ خداوند توبه بندگان را می‌پذیرد(شوری/۲۵).

ـ خداوند توبه‌کنندگان را دوست دارد(بقره/۲۲۲).

ـ آیا نمی‌دانید که خداوند توبهٔ بندگان را می‌پذیرد! (توبه/ ۱۰۴)

ـ کسی که پس از ستم توبه کند و خود را اصلاح نماید، خداوند از او می‌پذیرد (مائده/۳۹).

ـ کسی که از سر جهالت بد کند، سپس توبه نماید و خویشتن را اصلاح کند، خداوند بخشنده و مهربان است (انعام/۵۴).

ـ و من بخشنده‌ام برآن که توبه کند(طه/۸۲).

زبان **روایات** در اصلاح فرد و جامعه ادب شگفت و نقش مؤثری دارد، و «نهاد»هایی چون «توبه»، «عفو»، «احسان»، «ایثار»، «حُبّ»، «ستر»، «تقوا» و «تعاون» به روشنی گویای حقایقی است که در صفحات گذشته مورد توجه قرار گرفت، و نشان داد که حقوق و سیاست و اقتصاد و هنر هرگز نمی‌تواند از اخلاق و ایمان جدا یا دور افتد. روایات زیر را بخوانیم:

ـ توبه قلبها را پاکیزه می‌دارد، و گناهان را می‌شوید.[1]

ـ هیچ پدیده‌ای در نزد خدا، دوست داشتنی‌تر از زن و مرد تائب نیست.[2]

ـ به حقیقت، هر آدمی خطا می‌کند، و بهترین خطاکاران، توبه‌کارانند.[3]

ـ سوگند به خدا، خداوند با توبه بنده‌اش، بشدّت خوشحال می‌شود، چونان منتظری

---

۱. **غُررالحکم و دررالکلم**.

۲. مجلسی، محمدباقر، **بحارالانوار**، بیروت، مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۳ ق.

۳. سیوطی، عبدالرحمن **الدُّرالمنثور**، ج ۲، قم، کتابخانه آیت‌الله نجفی، ۱۴۰۴ق.

که مسافرش از در درآید(!)[1]

۶ـ«احیاء» و بازپروری: با ژرف‌بینی در آیات و روایات و سایر معارف اسلامی، چنین می‌نماید که انسان، «**خلیفة‌الله**»، «اشرف مخلوقات» و موجودی خردمند، افضل، انتخاب‌گر و اندیشه‌ورز است. شرافت و کرامت نوع انسان گاه چنان اوج و استعلا می‌گیرد که بزرگی چون محی‌الدّین بن عربی می‌گوید: **خداوند انسان را بر صورت خویش آفرید**،[2] و بر همین اساس: حفظ و صیانت نشئه انسانی ضرورت می‌یابد، و احدی جز خداوند قدرت «اذهاق نفس» ندارد. به گفته او در هر حال اولویّت با حفظ نشئه انسانی است، و همواره بخشش بر کیفر غلبه دارد. «دیه»[3] «جزیه» و «صلح» هم برای بقاء و ماندگاری انسان تعبیه شده است. با تمام تأسف امّا، شرایط و احوال به گونه‌ای پیش می‌آید که این «انسان» در دخمه‌ای، یا سلّولی و یا زندانی مخوف محبوس می‌شود. از جهان انسانها بریده، و در تنهایی و ورطه یأس گرفتار و در بند می‌گردد. یأس و بریدگی از جامعه، و دیرپایی و طول مدت این جدایی، گاه چنان کارگر و گران می‌افتد، که گویی حرمان و پریشانی و ناامیدی او را «الینه»[4] و دیوانه کرده، و نهایتاً «طبیعت ثانوی» و سرشت دیگری را بر او تحمیل کرده است. در این قبیل مهلکه‌ها، عفو و احیاء و بازپروری، مدّ توجّه پیامبران، اولیاء و فلاسفه و مردان علم، و اندیشمندان اخلاق قرار می‌گیرد.

«احیاء» و بازپروری مأیوسان دورافتاده، و «مجرمان» مصیبت زده! و بازگشت دادن آنها به آغوش جامعه، در وهله نخست وظیفه جامعه محلّی و سپس جامعه کشوری و جهانی است، و این کار خردی نیست. مقوله یا پدیده سنگین و پرمسئولیتی که بی‌توجّهی به آن «امنیت» اجتماع را با خطر و اضطراب رویاروی می‌کند، و انصاف و عدالت ترمیمی را به چالش و تزلزلی سخت می‌کشاند. خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: «**... وَ مَن احیاها، فکانّما، اَحیَا النّاسَ جمیعاً**»،[5] آن که جانی را زنده و احیاء کند، گویی تمام جامعه را احیا کرده است!

---

۱. مقداد فاضل، **کنزالعرفان**، بی‌تا.

۲. «**خلق الله الانسان علی صورته**»، محی‌الدین بن عربی، فصوص الحکم، فصّ ذوالنون (برگرفته از روایات).

۳. فیض، دکتر علیرضا، **مبادی فقه و اصول**، واژهٔ دیه.

۴. «الینه» شدن، همان جن‌زدگی، و مخبط شدن است. (شریعتی، دکتر علی، **اسلام‌شناسی**).

۵. مائده / ۳۲.

احیای مجرم و دادن حیات مجدد به او، و بازپروری و بازپذیری او در جامعه، قطعاً مورد تأکید قرآن کریم و معصومین(ع) است. البته با توجه به شرایط زمان و مکان، و ادب و فرهنگ هر جامعه شیوه‌ها و شیمه‌های بازپروری گوناگون، و در جلوه‌های مختلفی چهره می‌نماید. بر همین پایه است که طرفداران انصاف و عدالت ترمیمی به مذاکرهٔ رودررو و هم صحبتی «**اطراف جرم**» تأکید دارند. آنها می گویند، در فرآیندهای ترمیمی، ملاقات بزه‌دیده با بزهکار، فرصتی فراهم می‌آورد که بزهکار بتواند پرسشها و دغدغه‌های اصلی خود را مطرح کند. بزه‌دیده نیز می‌تواند نسبت به شرح تجربه بزه‌دیدگی خود اقدام نماید... همچنین با توجه به رویارویی بزهکار و بزه‌دیده، مجرم احساس مسئولیت بیشتری می‌کند، و آثار و نتایج عمل ارتکابی خود را با روشنی بیشتر به تماشا می‌نشیند. این روش، نه تنها موجبات مشارکت اجتماع را به نحو مناسبی ایجاد می‌کند، بلکه زمینه بازپروری و بازپذیری بزهکار را نیز فراهم می‌آورد. برخی رودررویی بزهکار و بزه‌دیده و جامعه را موجب ارائه نوعی «**آموزش مبتنی بر احساس و عاطفه**»،[1] به بزهکار می‌دانند، که نتیجه آن، تحوّل در طرز اندیشه و سلوک مجرم، و عادات وی می‌باشد. با شخصیّت دادن به بزهکار، او خود را باز می‌یابد. و با امید و احساس مسئولیت، آماده بازگشت به دامن جامعه می‌شود.

۷ـ **مسئولیت اجتماعی**: در میان دو مکتب «اصالت فرد» و «اصالت جامعه»، آیین اسلام این افراط و تفریط را نمی‌پذیرد. در این آیین نه تنها فرد هویت و اصالت دارد، بلکه جامعه هم اصیل شمرده می‌شود. جامعه به گفته شهید مطهری،[۲] «مرکب حقیقی» است، اما نه ترکیب جسمها و تنها، که ترکیب معنوی و روحی و فرهنگی است. روحها در یکدیگر تأثیر و تأثّر دارند و روح جدیدی به نام «روح جمعی» یا وجدان عمومی را به وجود می‌آورند. بر این واقعیت قرآن کریم نیز صحّه می گذارد، و در آیاتی به روح جمعی اصالت می‌دهد و می‌فرماید: «لِکُلّ امّةٍ اجل»،[۳] یا «کُلُّ امَةٍ تُدعی اِلی کتابها»[۴] و ...[۵]

افزون بر اصالت داشتن جامعه در معارف اسلامی، در تعارض حقوق فرد و جامعه، حق اجتماع مقدم بر حقوق فرد است، و موارد پرشماری مانند مسئله «ترس»،[۶] «احتکار»، «تسعیر» و «مصالح عامه» و امثال اینها، تقدم حق اجتماعی را نشان می‌دهد. عبارات یا روایاتی چون:

---

1. Sentimental Education

۲. مطهری، مرتضی، **جامعه و تاریخ**.

۳ و ۴ و ۵. اعراف/۳۴، جاثیه/۲۸، انعام/۱۰۸ و کذالک زینّا لِکُل امةٍ عَمَلَهُم.

۶. ترس یا تترس، سپر قرار دادن اسیران خودی در خط مقدم سپاه دشمن است.

«یدالله مع الجماعه» یا **«لاصلاة لجار المسجد الّا فی المسجد»** نیز اهمیت و اصالت جمع و درنهایت عظمت مسئولیت اجتماعی را بازمی‌گوید و فرد را مسئول امروز و دیروز و فردای تاریخ می‌شمارد و گاه «احیاء» و بازپروری حتی یک فرد را **«احیاء»** جامعه قلمداد می‌کند،[1] و بر همین بنیانهاست که نهادهایی چون: حکمیت، صلح و سازش، مشورت و مشاوره و میانجیگری پا می‌گیرد و «فرد» را از دثار فردیت و «رهبانیت»، به جمع و مسئولیت اجتماعی فرا می‌خواند[2،3]. و این مسئولیت گاه در شکل و شمایل مسئولیت در جامعه محلی و زمانی در عرصهٔ مسئولیتهای شهری و کشوری و جهانی بروز و ظهور پیدا می‌کند. به هر تقدیر «مسئول» تلقی شدن انسان، خصوصاً در عرصه‌های مسئولیت اجتماعی می‌تواند یکی از بنیانهای نظری **«عدالت ترمیمی»** را استوار سازد و عدالت کیفری را به اصطلاح برخی صاحب‌نظران از **«مصادره دولت»**ی آن جدا سازد. اجرای عدالت، یا تعمیم نظم در جامعه، تنها در سلطه دولت نیست و جامعه نیز از سهامداران اصلی عدالت، نظم، امنیت و انصاف است.

فقه سرشار و معارف غنی اسلامی از گنجایش، توان، تجربه و نیز از چنان دیرپایی و ظرفیتی برخوردار است که می‌تواند به اندیشه‌ها یا نهادهایی چون **«عدالت ترمیمی»** که از نیازها و ضرورتهای جهان جدید است، پاسخ مثبت دهد و چون دیگر نهادها آن را در دامن گسترده و پرمهر خود بپرورد. اما آنچه در این چالش و کنکاش باید مورد مطالعه قرار گیرد این است که نه تنها محور اصلی باید قرآن کریم باشد و روایات و اجماعات باید بر قرآن عرضه شوند، بلکه در این عرصه باید تمامی شاخه‌های معارف دینی به گونه‌ای اندام‌واره و به صورت «گفتمانی» در نظر گرفته شوند و «اهداف» یا به گفته شاطی **«مقاصد الشریعه»** مورد فراموشی یا نسیان قرار نگیرد. اگر در گذشته حوزه‌های فقه، عرفان، کلام، اخلاق، تفسیر و ... می‌توانستند جدا از هم و «جزیره‌وار» به سیر خود ادامه دهند، امروز دیگر چنین وضعی خسارت بار خواهد بود. همین وحدت نه تنها بین مذاهب اسلامی که در میان ادیان مختلف نیز باید مدّتوجه مسئولان باشد. واگرایی فقه و حقوق اسلامی از معارف دیگر و عدم همگرایی نحله‌های گوناگون فقهی خصوصاً در دل یک مذهب، دیگر نه فقط امکان ندارد که سخت هولناک و زیان‌آور است، و در صورتی که فقه بخش مهمی از ورودی‌های خود را از خروجی‌های دیگر مهارتهای دینی و غیردینی به دست آورد، توفیق و توان بیشتر می‌یابد. این تواضع و همگرایی

---

۱. قرآن کریم: و من احیاها، فکانما احیی الناس جمیعا.

۲. لا رهبانیة فی الاسلام.

۳. یا ایها المدثر، قم فانذر.

خصوصاً در عصر جهانی شدن یا جهانی سازی و در کشاکش تحولات برق‌آسا، لازمه رشد و پویایی حقوق اسلامی است.

در بازکاوی نهادی چون « عدالت ترمیمی» از منظر حقوق و دیگر معارف اسلامی نه‌تنها نهاد «**انصاف**»، بلکه مفاهیم و نهادهای دیگری چون:

ـ مصالح عامّه (مصلحت)

ـ احسان، انفاق، ایثار(**یؤثرون علی انفسهم...**)

ـ تقوا و تعاون (**تعاونوا علی البرّ و التقوی**)

ـ امر به معروف و نهی از منکر که اساس مسئولیت همگانی است [۱]

ـ اضطرار، ضرورت (**الضرورات تبیح المحظورات**)[۲]

ـ حبّ، محبت و همزیستی (**هَل الدّینُ الّا الحُبّ**)[۳]

ـ عدم تجسس (**... و لا تجسّسوا**) قرآن کریم [۴]

ـ «ستر» و پرده‌پوشی از گناهان و ستارالعیوب بودن[۵]

ـ خودداری از اقرار بی‌مورد (پیامبر(ص) به مردی که «ماعِز» را تشویق کرده و به او گفته بود که نزد پیامبر برود، و اقرار به زنا کند فرمود: ای «هزّال»، یعنی که ای بیهوده‌گو، اگر گناه او را مستور می‌داشتی بهتر بود)[۶]

ـ و ادب و عرفان اسلامی، که خود بی‌اغراق دریای زخّاری است. با آموزه‌هایی سرشار و سازنده!

و نیز یکی از پایه‌ها و ارکان تمدن اسلامی ـ ایرانی است که باید مدّ توجه قرار گیرد. برای حسن ختام به یک نمونه توجه کنیم که گذشت و بازپروری و کرامت و آموزش و ... «احیاء» مجرم را در زیباترین و کوتاه‌ترین صورت آن ترسیم می‌کند:

یکی بربطی در بغل داشت مست | به شب بر سر پارسایی شکست
چو روز آمد آن نیک مرد سلیم | بر سنگدل برد یک مشت سیم

۱. اصغری، سیدمحمد، **مسئولیت همگانی**، انتشارات اطلاعات، سال ۱۳۷۸.

۲. اصغری، سیدمحمد، **جرم سیاسی، قاعده عسر و حرج**، اطلاعات، ۱۳۷۷.

۳. استاد مطهری، مرتضی، **مجموعه آثار**، جلد ۴، انتشارات صدرا.

۴. قرآن کریم.

۵. عوّا، دکتر محمد، **درآمدی بر اصول نظام کیفری اسلام**، ص ۵۶.

۶. همان، ص ۵۷ و ۵۸.

که دوشینه معذور بودی و مست / تو را و مرا بربط و سرشکست
مرا به شد آن زخم و برخاست بیم / تو را به نخواهد شد الا به سیم
از این دوستان خدا بر سرند[۱] / که از خلق بسیار بر سر خورند[۲]

۱. بر سرند: گزیده و برترند.
۲. خزائلی، دکتر محمد، **شرح بوستان**، ص ۲۷۱، حکایت ۲۳، چاپ سوم، ۱۳۵۶.

فصل چهارم

عدالت به مثابه قاعده فقهی

طرح بحث

در فصل دوّم، از تعریف قاعده، (تعریف مشهور و اصطلاحی)، از قاعدهٔ «عدل و انصاف»، از معانی انصاف و تنصیف و، از تفاوت «انصاف» و عدالت حقوقی، و همچنین از «**عدالت ترمیمی**» سخن گفتیم. در این فصل، «عدالت» در همان معنی عدالت برتر و جامع را به مثابهٔ میزان، معیار، و به عنوان «**قاعده فقهی**» و حقوقی، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

در این فصل هدف این است که بررسی نماییم، آیا می‌توان عدالت را به مثابه یک «**قاعده فقهی**» چون سایر قواعد به‌شمار آورد؟ آیا فقیه و «مجتهد» و یا حقوقدان، در مقام دریافت و «**استنباط**» می‌تواند قاعدهٔ «عدالت» را فراتر و گسترده‌تر از مفهوم قاعدهٔ «عدل و انصاف»، میزان و مستند حکم فقهی خود قرار دهد؟ و افزون بر این، آیا فقهای بزرگ و نامدار امامیّه، براساس اصل و «**قاعده عدالت**»، اقدام به صدور «**فتوا**» کرده‌اند؟ اگر پاسخ مثبت است، گستره و تعداد این قبیل فتواها چه مقدار، یا چه تعداد است؟ آیا شرایط و نیازها، و «ضرورت»های زمان و مکان، در استناد به «قاعده عدالت» نقش و تأثیری داشته؟ یا اساساً نیازی به چنگ زدن بر این قاعده احساس نمی‌شده است؟ آیا ضرورتهای عصر حاضر چه می‌گوید؟ سرعت تحوّلات، و نیز شتاب دگرگونی‌ها چه نیازها و ضرورتهایی را موجب گشته است؟ روزگاری که، تنها «پاسخ» گفتن و صرف صدور «**فتوا**» هرگز راه‌گشا و مقنع و مجاب‌کننده نیست، پاسخها باید متناسب و هم‌طراز با «پرسش»ها باشد، امّا نه تنها متناسب، که باید شروط و شرایط: «**سرعت**» و «**دقّت**» در آن پاسخ ملحوظ بوده، و افزون بر این لازم است در چهارچوبه اصول، مبانی و موازین اسلامی **برترین**، **سهل‌الوصول‌ترین**، **عادلانه‌ترین**، **عاقلانه‌ترین**، **کارآمدترین**، و

قابل اجراترین پاسخها باشد، و در این صورت، و تنها در چنین صورتها و قالبها و «محتوا»هایی است که می‌تواند در میدان رقابت و نبرد عقاید و فرهنگها، پیروز و سربلند برآید و در جانها و وجدانهای همهٔ مخاطبان، حتی در عرصه‌های بین‌المللی نفوذ کند، و مشتاقان را مجذوب و سیراب گرداند و ...

امّا، **مبنا**، **معیار**، و همچنین «**هدف**» معرّفی شدن «**نهاد**» عزیز و عظیم عدالت، در قرآن کریم، و روایات ائمّه معصومین(ع)، یکی از درخشانترین جلوه‌هایی است که عمق و گستره این «کتاب» مبین و «مکتب» را نشان می‌دهد. آنهم در عصر و نسلی که تشنهٔ عدالت و شیفته انصاف است. در روزگاری که سالانه شاید هزاران مجلّد کتاب و مقاله در شأن و شئون عدالت نوشته می‌شود، و فلاسفه هزاره سوّم، بازهم، چون همیشهٔ تاریخ بر آن سرند که پرده از این راز بردارند و هر حزب و گروه و مکتب و مذهبی، می‌خواهد که مرام و مشی و مسلک خویش را به جهان تشنه عدالت عرضه کند، و در این تکاپو خود را میداندار عرصه «عدل» معرّفی نماید و اندیشه خویش را پرچمدار عدالتخواهی و دادگری و بهترین مفسر این میدان رقم زند.

امّا در بررسی عدالت به مثابه «قاعده فقهی»، تلّقی رایج از واژه «قاعده» ملاک و منظور نیست، بلکه در این تلقّی، قاعده فقهی، میزان و معیار استنباط است، و مجتهد بر مدار و محور این قاعده، استنباط و استخراج «حکم» را محک می‌زند. در این برداشت، عدالت در حقیقت میزان و ترازویی است که نه تنها به عنوان یکی از قواعد فقه، بلکه به عنوان چراغ و معیاری است که سایر قواعد چون: لاضرر، لاحرج، درأ، و حتی عرفهای عام و «بنائات عقلایی» هم در پرتو آن، محک می‌خورند، و میزان و معیار بودن خود را از آن «کانون» و یا از آن «ثقل» می‌گیرند. ثقلی که همراه با توحید، پیرامون دو ثقل اکبر، «کتاب و عترت»، در کلام شیعی، مکانت و منزلت شگفتی یافته است، به حدّی که گفته‌اند: «**العدلُ و التوحید، علویان، و الجبرُ و التفویض امویّان.**»[1]

یکی از نویسندگان در همین زمینه به زیبایی و هوشمندی نوشته است:

«شاید دقیق‌تر آن باشد که گفته شود، قواعد فقهی دو گونه است: آنچه معیار و میزان استنباط است، و آنچه به **سان کُلّی** است که فروعی در خود دارد و در تطبیق مفید است. و ممکن است از دو واژهٔ «اصولیّه و فرعیّة»[2] در کلام شهید اول نیز، بتوان این معنا را استظهار نمود...

---

۱. استاد مطهّری، **عدل الهی**، همان.

۲. در تعریف شهید اوّل عبارت چنین است: «کتاب القواعد ... مشتملٌ علی ضوابطِ کلیّةٍ، اصولیّةٍ و فرعیّةٍ، تستنبط منها، احکامٌ شرعیة.» **القواعد و الفوائد**، ج ۱.

در تلقی دوّم عدالت میزان و معیاری برای فقاهت و استنباط است، و تمام برداشتهای فقهی و فتاوا، باید با آن سنجیده شود... این قاعده در پر کردن منطقة الفراغ به مثابه حریمی است که نباید از آن تخطی کرد»[1] به مفاد روایات در میزان استنباط و «معیار» بودن عدالت، البتّه خواهیم پرداخت. روایاتی که غنی‌ترین، عمیق‌ترین و سرشارترین مفاهیم را در خود جمع آورده است. امّا در بین مراجع نامدار و پرآوازهٔ شیعه، شاید نخستین **«مرجع»** حضرت امام خمینی(رضوان الله علیه) است، که به وضوح تمام عدالت را «میزان» معرّفی می‌کنند، و در وصیّت نامه الهی ـ سیاسی خود می‌فرمایند:

«... زیرا اجرای قوانین بر معیار قسط و عدل، و جلوگیری از ستمگران، و حکومت جائرانه، و بسط عدالت فردی و اجتماعی، و منع از فساد و فحشاء، و انواع کجروی‌ها، و آزادی بر معیار عقل و عدل، و استقلال و خودکفایی، و جلوگیری از استعمار و استثمار و استبعاد، و حدود و قصاص و تعزیرات بر میزان عقل و عدل و انصاف، و صدها از این قبیل، چیزهایی نیست که با مرور زمان، در طول تاریخ بشر و زندگی اجتماعی کهنه شود. این دعوا مشابه آن است که گفته شود: قواعد عقلی و ریاضی در قرن حاضر باید عوض شود، و به جای آن قواعد دیگر نشانده شود.»[2]

حضرت امام خمینی، آنچنان که در صحیفه نور آمده می‌فرمایند:

«اسلام نه با سرمایه‌داری **ظالمانه** و بی‌حساب و محروم‌کننده توده‌های تحت ستم و مظلوم موافق است، بلکه آن را به طور جدّی در کتاب و سنّت محکوم می‌کند و مخالف عدالت اجتماعی می‌داند... و نه رژیمی مانند رژیم کمونیسم و مارکسیسم ـ لنینیسم ... بلکه اسلام، یک رژیم معتدل با شناخت مالکیت، و احترام به آن به نحو محدود در پیدا شدن مالکیت و مصرف، که اگر بحق به آن عمل شود، چرخهای اقتصاد سالم به راه می‌افتد و عدالت اجتماعی که لازمه یک رژیم سالم است، تحقق می‌یابد.»[3]

سخن ابن قیم، یکی از دانشمندان عامّه نیز در این مورد قابل تأمل است. او با عبارات شیوایی می‌نویسد:

«... پروردگار بزرگ، پیامبران را، همراه با کتابهایشان فرو فرستاد، تا مردم عدل و داد برپای دارند...

---

۱. مهریزی، مهدی، **فقه**، دفتر اول، ص ۱۲۱، انتشارات ارشاد، ۱۳۷۹.

۲. حضرت امام خمینی، روح‌الله، **صحیفه نور**، ج ۲۱، ص ۱۷۷.

۳. امام خمینی، روح‌الله، **صحیفه نور**، ج ۲۱، ص ۲۰ و ۲۱.

پس هر زمان آیات و نشانه‌های عدالت چهره گشود، و از هر راه و طریق ممکن، رخسار زیبای دادگری پرده برانداخت، همان سوی و همان سمت نیز راه دین و جادّه مستقیم شریعت است.

... پس، عدالت از هر مسیر و راه و روندی که به دست آید، و قسط و داد از هر شیوه و مشیمه‌ای که رخ نماید، هرگز آن راه، مخالف و رویاروی دین نیست، بلکه همه‌اش از دین و آئین است.»[۱]

از فقهای معاصر، آیت‌الله صانعی، اخیراً، در دیدار استادان، در همین زمینه اظهار می‌دارد:

«... تلاش و حرکت تمام انبیاء و پیامبران الهی برای بیان این حقیقت است که دین در نزد خداوند اسلام است، و اسلام یعنی تسلیم بودن در برابر **حق و عدالت**... علاوه بر پیامبران، عقلای عالم و دانشمندان هم برای همین یک کلمه حرکت کرده، و می‌کنند، که حق و عدالت را در جامعه حاکم کنند، و انسانها را تسلیم حق و عدالت کنند و ...»[۲]

امّا شهید مطهّری، این فقیه فیلسوف، شاید نخستین کسی باشد، که برای نشان دادن اینکه، عدالت میزان و قاعده است، تلاش فراوانی در کتابهای خود کرده است. ایشان می‌نویسد:

«اصل عدالت از مقیاسهای اسلام است، که باید دید چه چیزی بر او منطبق می‌شود. عدالت در سلسله علل احکام است نه در سلسلهٔ معلولات. نه این است که آنچه دین گفت عدل است، بلکه آنچه عدل است دین می گوید.»[۳]

استاد مطهّری از غفلت دانشمندان، ابراز ناراحتی و نگرانی می‌کند، و با تأسّف از این غفلت اضافه می‌نماید:

«اصل عدالت اجتماعی، با همه اهمیت آن، در فقه ما مورد غفلت واقع شده است، و در حالی که از آیاتی چون: «**بالوالدین احساناً**»، و «**اوفوا بالعقود**»، عموماتی در فقه به دست آمده است، ولی با این همه تأکیدی که در قرآن کریم، بر روی مسئله عدالت اجتماعی دارد،

---

۱. عبارت این است: اِنَّ اللهَ سبحانه، ارسَلَ رُسُلَهُ، و انزل کُتُبه، لیقومَ الناسُ بالقسطِ... فاذا ظَهَرَتْ اماراتُ العدل، وَ اَسْفَرَ وجهُهُ، بایِّ طریقٍ کان، فَثَمَّ شَرعُ الله و دینِهِ ... فایُّ طریقٍ اُستخرج بِهِ العدل و القِسط، فهو مِنَ الدّین، و لیْث مخالفةٌ له. (الجوزی، ابن القیّم، **الطرق الحکمیة**، چاپ ۱۹۶۱ میلادی، قاهره، ص ۱۶و ۱۷).

۲. روزنامه آفتاب، مورخ چهارشنبه، شانزدهم آبان ۱۳۸۶.

۳. مطهّری، مرتضی، **مبانی اقتصاد اسلامی**، چاپ نخست، حکمت، تهران، ۱۴۰۹، ص ۱۴.

مع هذا یک قاعده و **اصل عام**، در فقه از آن استنباط نشده است، و این مطلب سبب رکود تفکر اجتماعی فقهای ما گردیده است.»[۱]

این نظر هم، از استاد شهید بسیار قابل توجّه است. می‌نویسد:

«این انسانها هستند که باید وجود عینی قانون باشند، پس عمده، عمل به قانون است که مستلزم گذشتن از مانع است، و این عمل، بدون ایمان به اینکه عدالت احترام الهی دارد، و ظلم مؤاخذه الهی دارد، میسّر نیست.»[۲]

در همین مورد، شهید صدر، فقیه دیگری از تبار فلاسفه اسلامی که تلاش چشم‌گیری در تبیین عدالت، و عدالت اجتماعی اسلام کرده، می‌نویسد:

«تمام ما، با عقل فطری بدیهی خود، ایمان به **معیار عمومی** برای سلوک داریم، و آن معیاری است که تأکید دارد، عدالت حق و خیر است، و ستم باطل و شرّ است، و هر کس را در زندگی‌اش عدالت بورزد، شایسته احترام و پاداش می‌دانیم، و آن را که ستم و تعدّی نماید، درخور کیفر و مکافات می‌شناسیم.»[۳]

شهید صدر می‌گوید:

«زمانی که مالکیّت شخص نسبت به مال معینی، برای قاضی روشن شود، می‌تواند به آن حکم کند، زیرا آن حقیقت را در واقع امر، حق مسلّم و حقیقت عادله می‌داند.»[۴]

ایشان می‌افزاید:

«همانا عدالت در سلوک، و قیام بر اساس قسط، شرط اوّلیهٔ رشد تمام ارزشهای نیک دیگر است.»[۵]

برخی در همین زمینه از ترابط نظری و عملی عدالت و فقه سخن گفته‌اند. یکی از محققان می‌نویسد:

«در ترابط عدالت و فقه گفته‌اند: «هر قانونی و فتوایی که مطابق عدالت باشد، بخشی

---

۱. همان، ص ۲۷.

۲. همان، ص ۱۹.

۳. صدر، سیدمحمدباقر، **الفتاوی الواضحه**، جزء اوّل، ص ۵۳.

۴. صدر، سیدمحمدباقر، **المجموعة الکامله**، **فدک در تاریخ**، ص ۱۸۷، عبارت چنین است: «فاذا اَحرَزَ الحاکمُ ملکیة شخصٍ لِمالٍ صحّ له اَنْ یحکم بذالک ... و حکمه مصداق فی عقیدته للحکم بالحق و العدل...»

۵. صدر، سیدمحمدباقر، **خلافة الانسان و شهادت الانبیا**، ص ۱۹.

عبارت این است: «لانَّ العدلَ فی المسیرة و قیامها علی اساس القسط، هُوَ الشرط الاساسی، لنمو کلّ القِیَم الخیره الاُخری»!

از شرع شمرده می‌شود و می‌توان برهان آن را در قالب این عبارت بیان کرد: **هذا مطابق العدالة، وكُلُّ ما طابَقَ العدالة، فهو مِن الشريعة، فهذا مِنَ الشريعه**، عکس این برهان نیز صادق است.»[1]

نظرات برشمرده، خصوصاً از فقها و مراجعِ برجسته، نشان می‌دهد، که عدالت، میزان و معیار است و می‌تواند به مثابه قاعده‌ای برتر، و به عنوان معیاری که فاروق حق و ناحق، و درست و نادرست است عمل کند، و به گفته استاد شهید مطهّری در هیأت قاعده عامّی مطرح گردد.

الف ـ اهمیت عدالت به عنوان «قاعده»

زمانی که فقیه، یا قاضی، یا حقوقدان، عدالت را به مثابهٔ اصل و قاعدهٔ برتر، در کار استنباط تلقی کند، روشن است که همانند برخی از فقهاء، نه تنها به استناد قاعدهٔ عدالت مبادرت به صدور حکم یا فتوا می‌کند، بلکه همان‌گونه که خواهیم دید، با ترازوی عدالت، می‌تواند «**مطلق**»ی را «مقیّد» و یا «**مقیّدی**» را بالعکس «مطلق» کند. علاوه بر این، در پاره‌ای موارد، مجتهد می‌تواند، گستره «حکم» را با استناد به «قاعدهٔ» مذکور محدود یا وسیع‌تر کند. برای مثال مادّه ۹۴۵ قانون مدنی می‌گوید:

«اگر مردی در حال مرض زنی را عقد کند، و در همان مرض، قبل از دخول بمیرد، زن از او ارث نمی‌برد، لیکن اگر بعد از دخول، یا بعد از صحت یافتن، از آن مرض بمیرد، زن از او ارث می‌برد.»[2]

عکس قضیّه چگونه است؟ اگر پس از عقد و قبل از (نکاح) و دخول، زن بمیرد، آیا مرد از زن ارث می‌برد؟ متون و نصوص شرعی، اعم از آیات و روایات، ظاهراً در این مورد حکم ویژه‌ای ندارند. مواد قانون مدنی هم دستور خاصّی ارائه نمی‌کند، فرض کنیم عرف یا رویّه قضایی و بنائات عقلایی هم، در جامعه معینی پاسخ روشنی به مسئله ندهد، در چنین مواردی، قاعدهٔ عدالت، «مفتاح» مشکل، و معیار روشنی برای یافتن پاسخ مسئله است. عدالت را در این مسئله خاص، چه به معنی تساوی، و چه در معنای «انصاف» یا عدالت برتر، چه به‌معنای

---

۱. عنایتی راد، محمدجواد: **نگرشی به فقه شیعه از دیدگاه عدالت اجتماعی**، اندیشه حوزه، ش ۴، ص۴۴ و بعد.

۲. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.

«عدالت ترمیمی» و چه به معنای «توازن»[1] در سیر متوازن چرخهای اجتماع، چه به معنای «تعادل»[2] و خلاصه چه در معنای «استحقاق» یا عدالت[3] عرفی در نظر بگیریم، درهرصورت، **عدالت** مقتضی آن است که در صورت فوت زن هم، مرد ارث نخواهد برد.[4] در غیراین صورت، نه تنها عدالت اجرا نشده که «ظلم» وارد معرکه گردیده است. البته روشن است که «قاعده عدالت» هم باید انسجام و حدود و ثغور معینی داشته، و قلمرو استفاده، و استناد به آن دارای سامان و سازمان مشخصی باشد. بدون روش و چهارچوب صحیحی نمی‌شود به قاعده عدالت استناد کرد.

برخی می‌گویند: به هر تقدیر قاعدهٔ عدالت باید در قالب معیّنی ریخته شود، وگرنه خود قاعده موجب هرج و مرج خواهد شد. این سخن در اصل اظهارنظر درستی است. هیچ قاعده یا قانونی نباید به گونه‌ای مورد اجرا قرار گیرد، که خود به ضدّ خود تبدیل شود، امّا همین سخن درست را در خصوص هر قاعده فقهی و حقوقی و یا هر «نهاد» دیگر می‌توان مطرح کرد. آیا قواعدی چون «احسان» یا اصل «انصاف»، یا تمسّک به «عرف»، یا قاعدهٔ «استصلاح» و مصلحت، یا حتی «رویّه قضایی» تماماً، دارای قالبهای صد درصد معین و «منضبط»، و یا به‌طور کامل و یا به گونه‌ای «جامع و مانع» دارای تعریفهای معیّنی هستند. اساساً این مفاهیم، مثل ذواتی که دارای عینیّت خارجی و محسوس باشند نیستند،[5] و در این عرصه‌ها «تعاریف» هم تعریف به حدّ تام (جنس و فصل) امکان ندارد و در غالب موارد، تعریفها همان شرح‌الاسم‌اند.

چنین است که «قاعده عدالت» هم، البته باید در چهارچوبه اصول، مبانی، ملاکها، بالاخص در محدوده اهداف و «مقاصد الشریعه»،[6] و در راستای «روح قانون»، و مذاق شریعت[7] و شارع مقدّس، و مصالح عمومی باشد. حتی دلیل «**عقل**» هم که به عنوان منبع احکام، و در منزلت یکی از «ادلّه اربعه»، رقم خورده است، با نگاه به تعریفها و تعبیرهای گوناگونی که

---

۱. شهید مطهّری، **بیست گفتار، و نظام حقوق زن در اسلام**.
۲. گرجی، استاد ابوالقاسم **عدالت و تقسیمات آن، آموزگار جدید**، ص ۵۱۷ و بعد.
۳. (همان).
۴. استاد لنگرودی، اسلام، ص ۲۵ و بعد.
۵. صدر، شهید سیدمحمدباقر، **مباحث الاصول**، جزء اول، از قسم دوم، ص ۵۴۴.
۶. شابطی، **موافقات**، (همان).
۷. علی دوست، **فقه و عقل**، بحث از حسن و قبح عقلی.

توسط دانشمندان بزرگ و علمای علم اصول و فقه به عمل آمده، هرگز نمی‌تواند دارای تعریف صد درصد «مضبوط» و منضبطی باشد. برخی از دانشمندان اصولی، عقل را همان «عقل قطعی یقینی»،[1] برخی «تطابق آراء عقلا بما هم عقلا»،[2] بعضی عقل را در مفهوم جامعه‌شناختی «عقل جمعی»،[3] بعضی دیگر در محدودهٔ «عقل فقهی»[4] در معنای همان «استقامت» در شرع، یا عامل به ظواهر، و اوامر و نواهی شریعت، و پاره‌ای از دانشوران هم، ملاک را همان «عقل عرفی» معرفی کرده‌اند. با این همه، اکثر فقهاء، و نیز گروه معتنابهی از حقوقدانان، همواره، یعنی در مواقع لزوم و بمورد، به «عقل و عدل» استناد کرده‌اند، که به خواست خداوند، در مکان و موقعیت خود این موارد را نشان خواهیم داد. ذیلاً به بررسی ادلّه فقهی «قاعده عدالت» از «کتاب»، سنت، عقل، اجماع، و سایر ادلّه می‌پردازیم، و هو الوّلی التوفیق.

ب ـ ادلّه قاعدهٔ عدالت

۱ـ «کتاب»

هر چند گزارهٔ «**حُسن عدل و احسان**» و **قبح** «**جور و عدوان**»، به گفته محقق اصفهانی نویسنده کتاب بسیار ارجمند «**نهایة الدّرایه**» و حضرت علّامه سیّدمحمدحسین طباطبایی، از قضایای بدیهی، یا دست کم از «قضایای مشهوره»[5] است، و تأکید و تأیید «کتاب و سنّت» در این قبیل موارد، در واقع «**حکم ارشادی**»[6] است، مع هذا برای تأکید و اطمینان بیشتر، لازم است سیری در آیات قرآن کریم، و برخی روایات و ادلّه دیگر داشته باشیم، چرا که تکرار و تأکید، قرآن و روایات نه فقط پرشمار است، بلکه تعابیر در این مورد چنان غنی، زیبا، عمیق و پر پهناست که گاه شگفت‌آفرین و در عین حال آموزنده و عبرت‌انگیز است:

ـ «ای مؤمنان، قوّامین برای خدا و به خاطر خدا باشید(تنها برای او قیام کنید)، گواه عدل و داد بوده، و بحق و راستی سخن بگوئید و دشمنی و پلشتی قومی، شما را به ستمگری رهنمون نشود که عدالت را فرو گذارید، عدالت بورزید، که از هر کار دیگری به تقوا و پارسایی

---

۱. علی دوست، فقه و عقل، ص ۱۵۰، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۱.

۲. مظفر، استاد محمدرضا، **اصول الفقه**.

۳. منتظری، آیت الله حسینعلی، **رسالة حقوق**.

۴. به تعریف فقهی عدالت در همین دفتر مراجعه فرمائید.

۵. نک، اصغری، سیدمحمد، **عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق**، بحث حسن و قبح ذاتی و عقلی، ص۱۷.

۶. یعنی، دستور و تأکید آئین مقدس، ارشاد به حکم عقل است: «الاحکامُ الشرعية، الطافٌ بالاحکام العقليّه.»

نزدیک‌تر است.»[۱]

ـ «خداوند شما را (هر که هستید) فرمان می‌دهد، که امانات را به صاحبان امانتها برگردانید، و هرگاه در میان مردم حکم کنید، از روی عدل و داد داوری کنید.»[۲]

ـ «قطعاً، خداوند شما را به عدل و داد، و نیکی و احسان، و بخشیدن مال و دانش، به نزدیکان امر می‌کند و ...»[۳]

ـ «ای داوود، ترا در زمین خلیفه و جانشین قرار دادیم، پس در بین مردم به حق و عدل داوری کن، و از هوی و هوس پیروی نکن...»[۴]

ـ «به راستی، پیامبران خود را با دلایل روشن و آشکار فرو فرستادیم، و همراه آنان «کتاب» و «**ترازو**» روانه کردیم، تا «مردم» به عدالت و قسط برخیزند و ...»[۵]

ـ «مأمورم که عدالت را در میان شما بر پای دارم. من مأمور به اجرای عدالت هستم»[۶]

ـ «آسمان را برافراشت، و (در زمین میان شما) میزان و معیار نهاد (عدالت) را و از میزان تجاوز نکنید...»[۷]

ـ «هر دو باغ میوه‌های خود را به بار می‌آوردند، و هیچ یک در این کار، ظلم نمی‌کرد»[۸]

آیات قرآن کریم، در توصیف عدل، عدالت الهی، عدل در تکوین، عدالت در تشریع، عدالت فردی، عدالت اجتماعی، و عدالت شهود و گواهان و عدالت در خلقت تمامی موجودات و ... همچنان موّاج و پرشمار است که به چند نمونه مذکور بسنده می‌کنیم. امّا برخی دیگر از «آیات»، علاوه بر وصف، و وجوب، و رعایت عدالت به زشتی و «قبح ظلم» هم پرداخته است. متجاوز از ۲۹۰ بار زشتی و پلشتی ستم در قرآن کریم، بیان گردیده، و در این آیات، بارها و بارها ستم و ظلم، از ساحت باری دفع گردیده است. در آیات فرخنده زیر

---

۱. «یا ایها الذین آمنوا، کونوا قوامینَ لِله، شهَداءَ بالقسط، و لایجر منکم شنئانُ قومٍ عَلی اَن، لاتعدلوا، اِعدلوا، هُوَ اقربُ لِلتَقوی.» (سوره ۵ / آیه ۸).

۲. «اِنَّ اللهَ یاَمُرُکم، اَنْ تُؤدوا الامانات اِلی اهلها، و اذا حکمتم بین النّاسِ اَن تحکموا بالعدل»(نساء/۵۸).

۳. «اِن اللهَ یامُرُ بالعدل و الاحسانَ وَ ایتاءِ ذی القُربی» (نحل/۹۰).

۴. «یا داوودُ، انا جعلناکَ خلیفةً فی الارضِ، فاحکم بین الناسِ بالحقِ، و لاتتّبع الهوی»(ص/۲۶).

۵. حدید/۲۵.

۶. شوری/۱۵.

۷. الرحمن/۷.

۸. کهف/۲۲.

تأمّل کنیم:

ـ «نه ستم کنید، و نه ستمگر باشید»[۱]

ـ «خداوند، مثقال ذره‌ای، ستم نمی‌کند.»[۲]

ـ «ظالمان سعادتمند نمی‌شوند.»[۳]

ـ «آگاه باش، قهر و لعنت خدا، از آن ستمکاران است.»[۴]

ـ «کسانی که مردم را از دین خدا (راه خدا) باز می‌دارند و به کژراهه می‌برند.»[۵]

ـ «شرک به خداوند، ظلم و ستم بزرگی است.»[۶]

ـ «ستمگران، هرگز پیروز و سعادتمند نمی‌شوند.»[۷]

ـ «جز بر ستمکار، ستم روا نباشد.»[۸]

ـ «بهوش باش، که فرجام کار ظالمان، چگونه است.»[۹]

ستم در واقع، ضد و رویاروی «عدل» است، راغب اصفهانی[۱۰] ظلم را تجاوز از حدّ، و نهادن چیزی در منزلت و مکانت نامناسب معنا می‌کند(**وضع الشی فی غیر موضعه**)! ستم را به معنی تیرگی و فاصله و شکاف هم دانسته‌اند (شکاف در زمین).[۱۱] ظلم را به معنی ظلمت و تاریکی هم آورده‌اند.

قرآن کریم شرک و بی‌خدایی را «ظلم عظیم» معرّفی می‌کند! کفر و نفاق هم مصداق شرک‌اند. در آیاتی که مذکور افتاد، گمراه کردن مردم، ستم مردم به یکدیگر، ستمگری و ستم‌پذیری، حق مردم را از آنان دریغ داشتن، ظلم به خویشتن (بلقیس می‌گوید: خداوندا، من بر خود ستم کردم)! ظلم به اراضی، ظلم به حیوانات و حتی درختان، ظلم بوستانی بر بوستان

---

۱. بقره/۲۷۹.
۲. نساء/۴۰.
۳. انعام/۱۳۵.
۴. هود/۱۸.
۵. هود/۱۹.
۶. لقمان / ۱۳.
۷. انعام / ۱۳۵.
۸. بقره/ ۱۹۳.
۹. قصص/ ۴۰.
۱۰. اصفهانی، راغب، **معجم مفردات الفاظ القرآن**.
۱۱. طریحی، **مجمع البحرین**.

دیگر، همه و همه مصادیق ستم‌اند. امّا آنچه سخت قابل تأمّل و اندیشیدن است، دفع و یورش بر ستم و ستمکاران و عناصر مشرک و منافق است، و لزوماً حمایت از عدل و داد و دادگران. به هر تقدیر این دو مفهوم (عدل و ظلم) مورد تأکید، یا دفع و تردید قرآن کریم است، و آیات متعدد که تنها نمونه‌ای از آنها نقل شد، نشان برجسته‌ای از اصل و **«قاعده بودن»** عدالت و دادگری است.[1]

قرآن کریم، با ذکر مصادیق متنوّعی از «عدالت و ظلم» انسان را به مشی و ممشای صحیح و به «صراط مستقیم» رهبری می‌کند، امّا هرگز تعریف محدود، یا به اصطلاح «جامع و مانع»ی از عدالت نمی‌دهد. شاید این نکته نیز از بزرگی‌ها و شگفتی‌های قرآن است، چرا؟ برای اینکه مصادیق عدالت در عصرها و نسلها، و زمانها و مکانهای مختلف در تحوّل و تطوّر است، و گو اینکه، مفهوم عدالت **«مطلق»** هم باشد، مصادیق و موارد آن به نسبت اوضاع و احوالِ مختلف، مختلف می‌شود. امّا باز هم آنچه قابل دقت است، اینکه، قرآن کریم، مفهوم عدالت را، آن چنان هم باز و بدون چهارچوب رها نکرده، بلکه در هر زمینه (اعم از عرصه‌های اجتماعی، مدیریّتی، حقوقی، اعتقادی و ...)، چراغها، ضابطه‌ها و معیارها و مصادیق را چنان در مدّ اندیشه انسان قرار داده، که با ژرف‌نگری در آن اصول و ضوابط، شاهد مقصود چهره نشان می‌دهد و «صراط» روشن، از دور خود را می‌نمایاند. مثلاً در عرصهٔ اقتصادی، آن گونه نیست که عدالت اقتصادی را به طور محدود و مشخّص تعریف کند، **«فرد»**، یا تنها «جامعه» را اصیل معرّفی کند و یا به طور نمونه «مالکیّت» را تا اوج تقدّس بالا ببرد، یا آن را کاملاً در عرصه فردی طرد و دفع کند، و یا مالکیّت را ضد ارزش نشان دهد، بلکه نه فرد را نفی و نه جمع و جامعه را بی‌پایه و اساس می‌شمارد. برای مالکیّت صحیح و درست، ضوابطی ارائه می‌کند، و با نفی **«کنز»**، **«اتراف»** و **«ربا»**، سامان عدالت اقتصادی را نشان می‌دهد.

شهید صدر این ظریفه را بخوبی تبیین می‌کند:

«اسلام که عدالت اجتماعی را، از مبادی اساسی، برای شکل‌گیری خط مشی اقتصادی‌اش می‌داند، آن را با مفهوم تجریدی مبنا قرار نداده، و نیز به صورت باز بدان دعوت نکرده، تا قابل هرگونه تفسیر باشد. همچنین آن را به جوامع انسانی، که دیدگاههای متفاوتی پیرامون عدالت دارند و براساس اندیشه و تلقّی خویش از زندگی و حیات، آن را معنا می‌کنند،

---

۱. در این زمینه آیات زیر را هم بنگرید:
بقره/ ۱۲۳، بقره/۱۹۰، شوری /۴۰، شوری / ۴۲، غافر/ ۳۱، ابراهیم/۱۴، توبه/۷۰، زمر/ ۴۷، نساء/ ۵۸، کهف/ ۱۸ و انفطار / ۷.

نیز واگذار نکرده است، بلکه اسلام عدالت را در ضمن یک سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی معیّن ارائه کرده، که توانسته است، پس از آن این ایده را در واقعیّتی زنده مجسّم سازد. واقعیّتی که تمامی تار و پودش، با مفهوم اسلامی عدالت عجین است. از این رو کافی نیست که تنها به فراخوانی اسلام از عدالت اجتماعی بسنده شود، بلکه باید، بینش تفصیلی و ویژه اسلام از عدالت را نیز شناخت.»[۱]

۲ـ «سُنّت»

در سنّت (گفتار، کردار و تقریر) معصومین(ع)، به روایات و مفاهیم سرشار و عظیمی راه می‌بریم، که گاه برای انسان محقق و دانشجو، مایه شگفتی و در عین حال غرور، و گاه نیز سبب تأسّف است. همان تأسّف و اندوهی که از کلمات استاد شهید مطهّری نیز پیدا است. با وجود چنان روایات بلند و فاخری چگونه می‌شود به فلسفهٔ سیاسی و خصوصاً «عدالت» در عرصه‌های حقوقی و اجتماعی توجّه شایسته و بایسته مبذول نگردد. روایات را از نظر می‌گذرانیم:

علی (ع) فرمود:

۱ ـ «ما عُمِرّت البُلدانُ، بمثل العدل»، هیچ پدیده‌ای چون عدالت موجب نشاط و آبادانی شهرها و سرزمین‌ها نمی‌شود.[۲]

۲ ـ «عدالت میزان و ترازوی خداوند در زمین است، کسی که آن میزان را فراچنگ آرد، او را به جنّت المأوی رهنمون شود، و آن که میزان را فرو نهد، او را به دوزخ فرو افکند.»[۳]

۳ ـ «... ای مالک: محبوب‌ترین کارها در نزد تو... گسترده‌ترین، و فراگیرترین آنها در

---

۱. شهید صدر، محمدباقر، **اقتصادنا**، دارُالتعارف، بیروت، ۱۹۷۹م، ۱۳۹۹ق، ص ۳۰۳.

عبارت چنین است:

«فان الاسلام، حین ادرج العدالة الاجتماعیّة، ضمن المبادی الاساسیة، الّتی یتکوّنُ مِنها مذهبُهُ الاقتصادی، لم یتبیّن العدالة الاجتماعیة بمفهومها التجریدی العامّ، و لم یُنادیها بشکلٍ مفتوح لِکّل تفسیر، ولا اوکَلَهُ اِلیَ المجتمعات الانسانیه الّتی تختلِفُ فی نظرتها لِلعدالة الاجتماعیة، باختلافً افکارها الحضّاریةً و مفاهیمها عَن الحیاة، و انّما حَدَّد الاسلام هذا المفهوم و بَلْوَرَهُ، فی مخطط اجتماعی معین، و استطاع بعد ذالک اَنْ یَجسِدَ هذا التصمیم فی واقع اجتماعی حتّی، تنبضَ جمیع شرائینه و اوردتهُ بالمَفهوم الاسلامی للعدالة.

فلا یکفی ان نعرًف مِنَ الاًسلام، مناداته بالعدالة الاجتماعیة، اِنّما یَجبُ اَنْ نعرفَ ایضاً تصوراته التفصیلیّة لِلعداله و مدلولها الاسلامی الخاصّ»(ترجمه مهدی مهریزی، همان).

۲. آمدی، عبدالواحد تمیمی، **غررالحکم و دررالکلم**، ج ۱، انتشارات دانشگاه، ۱۳۶۶.

۳. محدّث نوری، **مستدرک الوسایل**، قم، موسسه آل البیت، ج ۱۱، سال ۱۴۰۸.

عدالت و جامع ترین آنها در تحصیل رضایت مردم باشد.»[۱]

سخن مولا امیرالمؤمنین، در عرصه قانونگذاری و مناسبات و ترابط مردم، یا در عرصه تشریع، معیار «عرصه عمومی» و «عدالت جمعی» را، در عدالت‌یابی، و یا حتّی عدالت‌سازی، تاچه اندازه مفید و مختصر به نمایش می گذارد. نویسندگانی که «عدالت دینی» را «**تک گفتاری**» معرفی می کنند، انصافاً، شاید سخن علی (ع) را به دقت ملاحظه نکرده یا نکاویده‌اند. عبارت شیوای «**رِضَی الرعیة**»، آن هم باتوجه به شرایط زمان و مکان، که نه از دموکراسی خبری و اسمی بود، و نه از «آزادی» در معانی و مفاهیم روزگار ما، رسمی و اثری، بسیار تأمّل‌برانگیز است. در همین نامه (نامه به مالک‌اشتر نخعی) است که امیرالمؤمنین، عرصه عمومی را «عمود دین» و «کهف المسلمین» معرّفی می کنند.[۲]

۴ ـ «... و امّا گناه نابخشودنی و «ذَنب لایُغْفَرْ»، گناه و ظلمی است، که مردم بر مردم روا می دارند.»[۳]

۵ ـ «**اَلظُّلمُ اُمُ الرذائل**»، ستم ریشه و مادر همه پستی و رذیلت‌هاست.[۴]

۶ ـ «ستمکار، و مددکار ظالم، و کسی که به ستم (حتّی با سکوت خود) راضی می شود، شرکاء و یاوران ظلم و ظالم‌اند.»[۵]

۷ ـ «عدالت، میزانِ خداوندی است که برای مردم مقرّر فرموده، و آن را برای اقامه حق نصب کرده است. **پس خدای را در میزانش مخالفت نکن**، و در سلطه و اقتدار پروردگار با او معارضه منما»![۶]

۸ ـ «عدل زره و دژ دولتها و حکومتهاست.»[۷]

۹ ـ «عدل و دادگری، مردم را اصلاح می کند.»[۸]

۱۰ ـ «یک ساعت دادگری، از هفتاد سال عبادت بهتر و برتر است. هفتاد سال عبادتی

---

۱. علی امیرالمؤمنین (ع) **نهج‌البلاغه**، نامه به مالک اشتر (فیض‌الاسلام).
۲. «والعامّه مِنَ الامة، عمودالدین و کهف المسلمین، ولیکن صغوک لهم، و میلک معهم»!
۳. مجلسی، علّامه، **بحارالانوار**، ج۷۵، ص ۳۱۴.
۴. آمدی، **غررالحکم**، حدیث شماره ۸۰۳.
۵. کلینی، **اصول کافی**، ج ۲، ص ۳۳۳.
۶. آمدی، **غررالحکم**، (همان) عبارت این است: عدلُ ساعةٍ خیرٌ مِن عبادة سَبعین سنةٍ، قیامُ لیلها و صیام نهارها.»
۷. همان، «بالعدلُ جُنّة الدول»!
۸. همان، «بالعدلِ، تُصلَحُ الرعیةِ»!

که «قائم بالليل، و صائم بالنّهار» باشد، یا شبها بیدار و روزها را به روزه سپری کند. (شیران روز، و پارسایان شب).[۱]

۱۱ ـ «دادگری و «عدالت» جان مایهٔ احکام، و مایه حیات و رونق احکام دین است.»[۲]

۱۲ ـ «آنچه خداوند فرمود: (بدانید که خداوند، زمین را پس از مرگش زنده می‌کند)، چنین نیست که زمین را با قطرات باران زنده کند، بلکه مردانی را مبعوث و برانگیخته می‌کند، و آن مردان عدالت را حیات دوباره می‌بخشند، و زمین، با حیات و هستی عدل، احیاء می‌شود...»[۳]

۱۳ ـ «آنچه بر خویش زشت می‌داری، بر غیر خود نیز زشت شمار، و آنچه بر خود می‌پسندی، بر برادر (و خواهر) دینی خود نیز بپسند. در حکم و داوری‌ات عادل باش و در عدالت خود، قسط را رعایت کن...»[۴]

۱۴ ـ پسرم ترا وصیّت می‌کنم: «به عدالت و دادگری، در برابر دوست و دشمن»[۵]

۱۵ ـ «عادل‌ترین مردم، قضاوت‌کننده‌ترین، به حق و راستی‌اند.»[۶]

۱۶ ـ مردی به پیامبر گفت: دوست دارم عادل‌ترین مردم باشم، گفت: «آنچه برای خود دوست داری، برای همگان نیز دوست بدار، تا دادگرترین مردم باشی.»[۷]

روایات در زمینه‌های «عدل و احسان» و «ظلم و عدوان»، در حدّ اعلای تواتر است، بر این اساس، بحث از «دلالت» یا «سند» احادیث بحثی زائد به نظر می‌رسد، و باتوجه به «ارشادی» بودن احکام در این عرصه، نیازی به بحث در «دلالت و سند»، احساس نمی‌شود. امّا آنچه سخت شایان تأمّل و توجه است، میدانهای متنوعی است که زبان روایات و اخبار گویای آن میدانهاست.

در یک سیر گذرا عدالت و دادگری موجب:

ـ آبادی شهرها و سرزمینها،

---

۱. مجلسی، **بحارالانوار**، ج ۷۵، ص ۳۵۲.

۲. آمدی، **غررالحکم**، (همان): «العدلُ حیاةُ الاحکام»!

۳. کلینی، **اصول کافی**. عبارت این است: «فی قوله تعالی: اعلموا ان الله یحیی الارض بعد موتها» لیسَ یحییها بالقطر، ولکن یَبعَثُ اللهُ رجالاً، فیحیونَ العدلَ، فتحیی الارضَ. لاحیاء العدل....»

۴. «... تکن عادلاً فی حکمک، مُقسطاً فی عدلک...» (**بحارالانوار**، ج ۷۷، ص ۶۷).

۵. «... وبالعدل علی الصدیق، والعدّو»! (**بحارالانوار** (همان)، ص ۲۳۶).

۶. آمدی، **غررالحکم**.

۷. محمدی ری شهری، محمد، **میزان‌الحکمه**، ج ۶، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق، واژه عَدَلَ.

ـ میزان و ترازوی حق، در روابط و مناسبات مردم،
ـ گسترده‌ترین و عظیم‌ترین پدیده،
ـ قبح و زشتی و پلشتی ستم و ستمکاری،
ـ مسئولیت حتی فرد «ساکت» در برابر ظلم،
ـ استواری و ماندگاری دولت و حکومت،
ـ اصلاح امور و صلاح و رستگاری مردم،
ـ برتری، در سنجش با هفتاد سال عبادت شبانه و روزانه،
ـ حیات و زنده بودن احکام دین،
ـ حیات و زندگی زمین و مردمان مستقر در زمین،
ـ سرافرازی در رویارویی با «دوست و دشمن» و... می‌باشد.

با دقت در آنچه گذشت، از نظر «سنّت»، نه تنها عدالت رکن دین، و اصل و پایه حیات و هستی است، که میزان، معیار، مبنا، اصل و هدف دین و احکام حیات بخش «سیدالمرسلین» است، و کمترین چیزی که در این مورد می‌توان نتیجه گرفت، همانا، «قاعده فقهی» و حقوقی بودن عدالت است.

۳ـ «اجماع»

روشن است که، با توجه به آیات قرآن کریم و روایات رسیده از معصومین (ع)، دانشمندان و فقهای اسلام، بر «حسن» عدالت اجماع دارند، بلکه هر انسانی «بماهوانسان» بر نیکی دادگری پای می‌فشرد و به فرموده امیرالمؤمنین (ع): «**... مَنْ ضاق علیه العدل، فالجور علیه اضیق**»، امّا آنچه قابل کنکاش و دقت است، این است که آیا فقهاء، بر قاعده‌ای چون «**قاعده عدالت**»، هم اجماع دارند؟ و اگر بر اصلی یا قاعده‌ای به عنوان «عدالت» اجماع داشته باشند، آیا در مصادیق هم (مصادیق عدالت) ممکن است وحدت نظر داشته باشند. آنچه تا حدودی پاسخ مسئله را دشوار می‌کند، تعیین مصادیق، و سپس «وحدت نظر» یا «اجماع» بر مصادیق قاعده است. برای روشن شدن موضوع به مورد زیر توجه کنیم:

«احتکار» را برخی از دانشمندان حقوق اسلامی، مکروه، و گروه کثیری آن را (احتکار را) حرام شمرده‌اند، آنها که احتکار را در بحرانهای اجتماعی (خصوصاً) و در مواقع ضرورت و نیاز مردم حرام دانسته‌اند، براساس قاعده «قبح ظلم» یا «وجوب، و حسن عدالت»، احتکار را به موارد معیّنی، مانند: گندم، جو، کشمش، نمک و... محدود و منحصر نکرده‌اند، بلکه معتقدند که، هر کجا ضرورت و نیاز جامعه معلوم و محسوس باشد، «احتکار» ممنوع و حرام است،

چرا که در این مواقع انبارکردن و «احتکار» کالاها و اجناس موردنیاز ضدعدالت و ظلم است.[1] مثلاً «دارو»؛ همه ما خصوصاً در بحرانهای ایام جنگ شاهد بودیم که برخی، داروهای مورد ضرورت، و نیاز مردم را انبار می‌کردند و گاه همان «دارو» را در بازار سیاه به صدها برابر قیمت می‌فروختند. این شیوه از کسب و تجارت!!؟ که در حقیقت جز «**سوداگری**» و خونخواری نمی‌توانست عنوان دیگری به خود بگیرد، شاید نه در قانون ممنوع اعلام شده بود، و نه در نصوص شرعی صریحاً حرام شمرده شده بود، فتواها هم، در این زمینه از «وحدت رویه» برخوردار نبود، در اینجا، باید دید آیا واقعاً اگر:

۱ ـ اندیشه فقیه، مدنی، و فردگرا نباشد، بلکه حکومتی و اجتماعی فکر کند.

۲ ـ «موضوع»، و ظرایف و جوانب مختلف موضوع برای «مجتهد عادل» و دردمند شناخته شود.

۳ ـ ضرورت، و نیاز جامعه محرز و مسلّم باشد.

۴ ـ کمبود کالایی چون دارو، و گرفتن قیمت‌های چندین ده برابر هم مسلّم باشد.

۵ ـ سوداگران برای جمع چنین ثروتهایی همدست شده، و نوعی «انحصار» برای بالابردن بهای کالا ایجاد کنند.

آیا، **مجتهد عادل**، در چنین صورت و چنان اوضاع و شرایطی، به حلال بودن آن‌گونه سوداگری‌هایی فتوا می‌دهد؟ قطعاً ساحت فقهای بزرگ امامیه، از چنین «فتوا»هایی به دور است.

با توضیحات یاد شده، شاید به جرأت می‌توان گفت، اگر مصادیق و ظرایف «موضوع» حکم، برای مجتهد و مفتی روشن شود، هیچ کدام در فتوا براساس «عدالت» و زشتی ستم و ظلم، تردید نخواهند کرد؛ اجماع اگر به این مفهوم درنظر گرفته شود، نه فقط «اجماع»، بلکه ادّعای «تسالم اصحاب» هم بی‌مورد و بی‌اساس نخواهد بود.

مثال دیگر

تصوّر احیای اراضی موات می‌تواند مثال روشن دیگری باشد، و می‌دانیم که «**حکم اولیه**» این است که: «**مَنْ اَحْیی اَرضاً مِیتَةً فَهِیَ لَه**»، هر کس زمین مرده‌ای را آباد کند، زمین متعلق به اوست. البتّه این سخن در شرایط مساوی، و در شرایطی که هر کس با دست و بازو و کار و تلاش شخصی، یا حتّی با جمعی کارگر، در حدود «**عرف و عادت**»، و در حدود

---

۱. آیت‌الله منتظری، حسینعلی، **رساله احتکار و تسعیر** و اصغری، سیدمحمد، کتاب: **رشوه و احتکار**، صفحات ۱۰۰ و بعد.

«متعارف» که موجب حرمان دیگران، و سبب **«انحصار»** نشود، عادلانه است، و یکی از احکامی است که شریعت مقدّس، با این حکم موجب عمران و آبادانی **«بلاد»** و سرزمینهای مسلمانان شده، و در طول تاریخ برکات و ثمرات پرشماری داشته است. لیکن اگر موضوع ژرف‌کاوی شود، به گفته فقهای عظام اصل منقلب می‌گردد. (**انقلب الاصل**)!

انقلاب اصل بر این مدار است که همان حکم اوّلیه **(مَن احیی ارضا...)** را بدون هرگونه کنترل اعلام کنیم، در شرایطی که:

۱ـ آب، و سرزمینهای «آبی» اندک باشد.

۲ـ اکثریت مردم **(العامّه مِن الاُمّة)**، توان آبادانی و «احیاء» نداشته باشند. و یا در حدود معیّن و محدودی قدرت احیاء داشته باشند (فرضاً روزی ۵۰۰ متر مربع)!

۳ـ تعداد معدود و انگشت شماری از مردم، توان «احیاء» بالایی داشته باشند، به گونه‌ای که روزانه ده هزار متر مربع ـ یک هکتار ـ (باتوجّه به ابزار و وسایل و ماشین‌آلات امروز) را بتوانند آباد کنند.

۴ـ به همه مردم اعلام شود، که فلان و بهمان اراضی ساحلی را می‌توانند آباد کنند.

انصافاً، در چنین شرایط و احوالی، نتیجه عمل دولت چه خواهد بود؟ آیا می‌توان گفت، چون «احیاء»، حکم اولیه، و حکمی شرعی است، پس نتیجه هم «عادلانه» و منصفانه است!؟

از سوی دیگر، اگر مسئله به همین صورت و در چنین روزگار و موقعیّتی به «فقیه» یا «فقهاء» عرضه شود، آیا ممکن است، این وضعیت **«عادلانه»** به حساب آید؟ و این نحوه از «احیاء» را تأیید نمایند؟ اگر جوانب «موضوع» روشن شود، و در جهتی تصوّر ظلم رود، قطعاً فقیه عادل، و فقیه امامی و علوی، به آن سوی و به آن جهت تمایلی نشان نخواهد داد.

به نظر می‌رسد: با دقّت در دو مثال گذشته، فقهاء «انبارکردن» و «احیای اراضی» با این شرایط را ظالمانه شمرده، و بر قاعدهٔ عدالت، یا «قبح ظلم» اجماع و اتفاق نظر خواهند داشت. هر چند در این قبیل موارد، اجماع یک اتفاق و به اصطلاح **«اجماع مدرکی»** خواهد بود.

۴ـ «عقل»

از آنچه تاکنون مطرح گردید، بخوبی برمی‌آید که عقل قطعی یقینی هم به «قاعده» بودن، و اصل و اساس بودن «عدالت» حکم می‌کند و **«اصولیان»** امامیّه اعتقاد راسخ به «حسن و قبح ذاتی و عقلی» دارند و روشن‌ترین مصداق «حسن عقلی» را عدالت، و «قبح عقلی» را ظلم و ستم معرّفی کرده و به اصطلاح گزارهٔ «حسن عدل و احسان» و قبح «ظلم و عدوان» را بدیهی می‌دانند. چیزی که به «مستقلّات عقلیه» شهرت یافته است.

۵ـ «سیرهٔ عقلاء»

نه تنها «سیرهٔ مستمرّهٔ مسلمین» که قطعاً از تعلیمات قرآن کریم، و آموزه‌های معصومین(ع)، سرچشمه گرفته، و همواره بر محور و مدار عدالت بوده است، بلکه روش خردمندان و «بناء عقلا» هم در تمام «اعصار و امصار»، و در همه زمانها و مکانها بر مدار «عدالت» استقرار یافته است. عقلاء، و خردمندان جهان، نه فقط در رفتار و هنجار، که در گفتار و «ارتکازات» هم، مؤیّد عدالت و مصادیق آن بوده‌اند.

با امعان نظر در ادلّه (کتاب و سنت، اجماع، عقل، سیره عقلاء، سیرهٔ مستمرهٔ مسلمین) و همچنین با دقت در نهادهایی چون «مصلحت»، استصلاح، استحسان، انصاف و امثال اینها روشن می‌شود که می‌توان به «عدالت» به مثابه قاعدهٔ فقهی برتر، در استنباط و در «عملّیة الاجتهاد» تمسک و استناد کرد. اکنون باید دید روش نظری و عملی فقهاء در استناد به «قاعدهٔ عدالت» چه بروز و ظهوری داشته است. فتواهایی که ذیلاً ملاحظه می‌کنیم، و نظرات اساتید حقوق نیز بهترین رهنمون و راهنمایی است که حقیقت امر را روشن می‌کند.

۶ـ فتاوای فقهاء و نظرات حقوقدانان

می‌دانیم که اگر استثناء بر «قاعده»، و به اصطلاح فقهی «**کثرت تخصیص**»[1] در یک قاعدهٔ فقهی باشد، می‌گویند، در اثر تخصیص و استثناء فراوان، «قاعده موهون» و کم ارج شده است. عکس این سخن هم صادق است، یعنی هر چه شمول و فراگیری یک «قاعده» گسترده‌تر باشد، و موارد و مثالها و مصادیق افزون‌تری را دربر گیرد، قاعده استوارتر و فراگیرتر خواهد شد، بر این پایه، در «استقراء» ناقصی که خواهیم داشت، تلاش این است که در استناد فقهاء و حقوقدانان برجسته به اصل عدل، یا «قاعده عدالت»، یا «عدالت و انصاف قضایی»، یا «عدالت محض»، و یا «قبح ظلم» و امثال و نظایر این عبارات، موارد و نظایر هر چه بیشتری را گرد آوریم و هر چه این «استقراء» تام و «جامع» باشد، در واقع دلیل و «قاعده» قوی‌تر و شامل‌تر خواهد بود. البته این مهّم، با گشت و گذار، و ژرف‌کاوی در کتابهای فقهای نامداری چون: حضرت امام خمینی،[2] محقق نجفی (صاحب جواهر)، **مکاسب** شیخ اعظم انصاری،

---

۱. در واقع «تخصیص» خروج حکمی موردی است که علی الاصول، حکم شامل آن مورد هم هست. برخلاف «تخصص» که خروج، خروج موضوعی است. «کثرت تخصیص»، کتاب «**پیرمرد و دریا**» نوشته ارنست همینگوی را تداعی می‌کند. پیرمرد تا ماهی را به ساحل برساند، جز استخوان عایدی نیافت!!

۲. امام خمینی، روح‌الله، **کتاب البیع**.

کشف‌الغطاء،[۱] **مفتاح‌الکرامه**،[۲] **لمعه**،[۳] و **روضةالبهیة**،[۴] **ریاض‌المسائل**،[۵] **عروةالوثقی**، سؤال و جواب محقق‌یزدی، **جامع‌الشتات** میرزای‌قمی، و **نهج‌الفقاهه**،[۶] **شرایع‌الاسلام**[۷] و... کمال، خواهد یافت،

امّا به مصداق: «**مالایدرک کلّه، لایُترک کلّه**»! در ذیل به درج و بررسی مواردی می‌پردازیم. لیکن قبل از ملاحظه فتاوا و نظرات بزرگان فقه و حقوق، به این نکته هم باید اشاره کنیم که در مجموع «**زمان و مکان**» و شرایط حاکم بر محیط، در تمسّک به «**عقل و عدل**»، خصوصاً توسّط فقهای شیعه که همواره در اقلیّت و به گونه‌های مختلفی «مظلوم» و تحت نظر عناصر مقتدر و مستبد بوده‌اند، نقش چشم‌گیری داشته و موج «اخباریگری» هم، که قطعاً توسط حکّام و خلفاء غاصب! دامن می‌گرفت و شعله می‌کشید، در این روال و روند تأثیر نمایانی داشته است.[۸]

ـ امّا نمونه فتواهای فقها

۱ـ محقّق نجفی (صاحب جواهرالکلام)، در مورد عدم لزوم اجازه «ولی»، در ازدواج دختر باکره و رشیده، با عنایت به تعارض روایت‌ها، می‌گوید: ل «تحققّ‌الظلم فی جبر العاقل الکامل.)..»[۹] ایشان می‌نویسد:

---

۱. **کاشف الغطاء**، شیخ جعفر، متوّفی به سال ۱۲۲۸ هـ. ق.

۲. حسینی عاملی، جواد.

۳. شهید اوّل، محمدبن جمال‌الدین مکّی (۷۳۴ ـ ۷۸۶).

۴. شهید ثانی، زین‌الدّین بن نورالدین (و مؤلف مسالک الافهام)، پدر صاحب معالم!

۵. آقا سیدعلی، وفات ۱۲۱۶ در کربلا، با صاحب قوانین معاصر بوده است.

۶. سیدمحسن حکیم.

۷. محقق حلّی، جعفربن حسین (۶۰۲ ـ ۶۷۶).

۸. قبل از ذکر برخی مثالها توجه به سخن امام محمد غزالی خالی از لطف نیست: او می‌گوید: «بسیار معاملت بود که فتوا کنیم که درست است: ولیکن آن کس در لعنت خدای بود، و آن معاملتی بود، در رنج و زیان مسلمانان بود...»
غزالی، امام ابوحامد، محمد، **کیمیای سعادت**؛ باب سوّم، ص ۳۴۶، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۰ در کتاب دیگر خود «احیاء العلوم»، جزء ثانی، کتاب ثالث، باب ثالث ص ۷۴، نیز می‌گوید:
«... یحکم المفتی به صحتّها... و لکنها تشتمل علی الظلم»! منظور این است که گاه قاضی بر اساس قانون، یا مفتی براساس نصوص، فتوا می‌دهد، و ظاهر صحیح است، امّا، در حقیقت عدالت برتر و انصاف رعایت نشده و طرف منتفع از رأی، ظالم و ستمگر است!!

۹. عبارت این است: «... لَعلَّ الاعتبارَ یشْهَدُ بسقوط الولایة راساً، ضَرورةَ تحقق الظلم فی جبر العاقل الکاملَ علی ما یکرهُهُ، و هو یستغیثُ ولایُغاث، بل ربّما اَدی ذالک اِلی فسادٍ عظیم و قتل، و زنا، و هرب اِلی الغیر...» (**جواهر**، ج ۲۹، دار احیاء التراث العربی، بیروت ۱۹۸۱ م).

«شاید، اعتبار و توجّه (دقت عقلیَ)، گواه بر سقوط ولایت (پدر) باشد، زیرا اجبار دختر عاقل و کامل، سبب ظلم و ستم بر او می گردد.»

۲ـ صاحب جواهر همچنین، در مباحث مربوط به تفاوت قیمت کالاهای سالم و معیوب (اَرش)، و در موقعی که کارشناسان در قیمت‌گذاری اختلاف نظر دارند، ضمن اینکه آرای فقها را بیان می کند، و **معدّل** قیمت‌های متنوع را عادلانه می‌شمارد، می گوید:

«مقتضای عدالتِ فراگیر، بین حقوق مشتری و بایع، همان چیزی است که اصحاب بیان کرده‌اند.[۱]

۳ـ علّامه حلّی در مسائل مربوط به ضمان مثلی، براساس قاعدهٔ عدل، یکی از آراء را ترجیح داده است. سخن علّامه را از زبان حضرت امام خمینی بشنویم:

«آیا ملاک و معیار خواستن «**مثل**» محل غصب است، یا مکان تلف مال است، یا محلّی است که در آن محل مالک مثل را می‌خواهد؟ هر چند قیمت‌ها در مکانهای مختلف (سه محل مذکور) متفاوت باشد؟

شیخ انصاری معتقد است که مالک در هر جا که بخواهد، می‌تواند مطالبهٔ مثل کند، هرچند قیمت آن نسبت به مکان تلف بیشتر باشد. علّامه حلّی نیز این رأی را مطابق **عدالت اسلام** برشمرده است.»[۲]

۴ـ مشابه همین نظر را یکی از اساتید برجسته دارد:

«... اگر کسی مال دیگری را غصب کند... مشهورترین اقوال در فقه این است که باید «اعلی القیم» را از تاریخ غصب تا تاریخ تلف مال مغضوب بپردازد، این نظر با قاعدهٔ عدل موافق است. زیرا آنچه که به عنوان خسارت داده می‌شود، باید معادل و برابر زیانی باشد که به صاحب مال رسیده است.»[۳]

۵ـ «حق حبس که در مادّه ۳۷۷ قانون مدنی آمده است... یک نمونه از عدل است.»[۴]

۶ـ حضرت امام خمینی (قدّس سرّه) معتقد است، تصرّف در ملکی که مالیّت ندارد

---

۱. **جواهرالکلام** (همان)، ج ۲۳، ص ۲۹۴: «ومقتضی العدل الجامع بین حقی المشتری و البائع، هُوَ ذکرهُ الاصحاب».

۲. عبارت این است: «هل المدار فی مطالبة المثل علی مکان الغصب و الاستیلاء، اومکان المطالبة، او مکان التلف، و لومع الاختلاف القیم فیها؟... و عَنِ الحلّی انّهُ الذی یقتضیه عدل الاسلام» (حضرت امام خمینی قدس سره، کتاب البیع، ج ۲، ص ۴۶۰، مهر قم).

۳ و ۴. دکتر جعفری لنگرودی، **حقوق اسلام**، ص ۱۸۸.

(مثل خمر) حرام است، زیرا ظلم است.[۱]

۷ـ شیخ انصاری نیز می‌گوید: اگر یافتن عین «مِثل» دشوار شد، مالک باید مطالبه قیمت کند و گرنه ظلم است.[۲]

۸ ـ در فلسفه سیاسی، برخی از «سلطنت پادشاه یا مستبد روشنفکر» سخن رانده‌اند.

این نوع سلطنت، مورد حمایت و پشتیبانی بعضی از فلاسفه تا قرن هجدهم در اروپا بود؛[۳] او را در رأس مدینه فاضله می‌پنداشتند!... به هر حال استبداد چه منوّر باشد، چه تاریک، مخالف **عدل** است.[۴]

۹ـ استاد شهید مطهّری، در مورد مردی که زندگی با همسرش بر مدار آزار و اذیت است و در عین حال او را طلاق هم نمی‌دهد (به استناد اینکه طلاق حق مطلق مرد است)، می‌نویسد:

«... به عقیده این جانب این طرز تفکر با اصول مسلّم اسلام تضادّ قطعی دارد. دینی که همواره دم از عدل می‌زند و «قیام به قسط»، یعنی **برقراری عدالت** را به عنوان یک هدف اصلی و اساسی همهٔ انبیاء برمی‌شمارد.[۵] چگونه ممکن است، برای چنین ظلم فاحشی و واضحی چاره‌اندیشی نکرده باشد؟ مگر ممکن است اسلام قوانین خود را به‌صورتی وضع کند که نتیجه‌اش این باشد، که بیچاره‌ای مانند یک بیمار لاعلاج رنج بکشد تا بمیرد!؟

موجب تأسف است که برخی افراد با اینکه اقرار و اعتراف دارند که اسلام دین «عدل» است، و خود را از عدلیّه می‌شمارند، این چنین نظر می‌دهند! اگر بنا بشود قانون ظالمانه‌ای را تحت عنوان «سرطان» به اسلام ببندیم، مانعی نخواهد بود که قانون ستمگرانه دیگری را به عنوان کزاز و قانون دیگری را به بهانه سِل و قانون دیگری را به عنوان فلج اعصاب و قوانین ستمگرانه دیگری را به بهانه‌های دیگر بپذیریم. اگر این چنین است پس اصل عدل که رکن اساسی تقنین اسلامی است، کجا رفت؟ قیام به قسط که هدف انبیاء است، کجا رفت؟ حقیقت

---

۱. کتاب البیع، ج ۲، ص ۲۶۰ (مطبه مهر قم)، به نقل از مجلّه نقد و نظر سال سوّم شماره ۲ و ۳ تابستان ۱۳۷۶.

۲. همان، ص ۳۶۹، عبارت این است: «منها ما افادَهُ الشیخ الاعظم «قدّه» مِن اَنَّ منعَ المالکِ ظلمٌ، (منع مالک ظلم است)، و الزامُ الضامنِ بالمثل منفی بالتعَذّرَ، و مقتضی الجمع بینَ الحقّین. وجوبُ القیمةِ.»

۳. به کتابهای **«شهریار»**، و **«لویاتان»** از ماکیاول و هابز مراجعه فرمائید.

۴. استاد لنگرودی، **مبسوط**، ج ۱، ص ۳۰۶، واژهٔ «استبداد منوّر»!

۵. «لقد ارسلنا رسلنا بالبیّنات... لیقوم الناسُ بالقسط» (حدید/ ۵۷).

این است که فقه اسلامی، این مسائل را به صورت یک مشکل لاینحل نمی‌پذیرد.»[۱]

گله و ناراحتی «استاد شهید» از کسانی است که حتی با آگاهی از فتوای معروف محقق نامدار، مرحوم سیدمحمدکاظمی یزدی، «طلاق قضایی» را نمی‌پسندند!؟[۲]

۱۰ـ محقق یزدی می‌گوید: «از روایات چنین برمی‌آید، که اگر طلاق ندادن زن و نگهداری او در قید زوجیّت، موجب فعل حرام، به‌طور قهری یا اختیاری می‌گردد، بهتر و شاید لازم است که، به منظور پیشگیری از واقع شدن در **ورطه گناه**، از قید زوجیّت رها شود.»[۳]

و چه ظلمی از افتادن در چاه جرم و گناه بدتر و شکننده‌تر است. همان گناه بزرگی که شادروان اقبال لاهوری، آن را یادآوری، و بشدت اظهار تأسّف می‌کند و می‌گوید:

«... چون در پنجاب تغییر لازم در قانون طلاق داده نشده، زنی برای اینکه از شوهر نامطلوب خودش جدا شود، متوسّل به ارتداد شده است.»[۴]

و چه گناهی، و چه ظلمی، و ستمی عظیم‌تر و بدتر از «ارتداد»!؟

۱۱ـ آیت‌الله خویی، علاوه بر موارد مربوط به **اموال** سفیه که رأساً نمی‌تواند در آن اموال تصرّف و تصمیم‌گیری نماید، و به «تنفیذ» ولی یا نماینده ولی نیاز هست، در «اعمال» سفیه هم همین فتوی را صادر نموده‌اند. منظور این است که فرض کنیم، سفیه خود را اجیر کسی کند در مقابل «ثمن بخسی»! و از این طریق نیروی کار خود را «سفیهانه» در اختیار دیگری قرار دهد. آیا این نیز هدردادن انرژی و «مال» نیست، بر این مبنا، ایشان معتقدند که اگر در اجیرشدن سفیه، ولی یا مثلاً «تیم»، دخالت نکند، «قیم» است.[۵]

۱۲ـ براساس روایات در مورد احتکار، گروهی به «کراهت»، و جمعی به «حُرمت»

---

۱. مطهری، شهید مرتضی، **نظام حقوق زن در اسلام**، ص ۲۱۶ و ۲۱۷. شهید مطهّری پس از توضیحاتی به نقل از آیت‌الله حلّی نجفی در کتاب «حقوق الزوجیّه» می‌نویسد:
«حاکم شرعی، آنجا که مرد نه به وظایف زوجیّت عمل می‌کند، و نه طلاق می‌دهد، باید زوج را احضار کند. اوّل به او تکلیف طلاق کند. اگر طلاق نداد، خود حاکم طلاق می‌دهد» ص ۳۲۴.

۲. طباطبائی حکیم، سیدمحسن، **منهاج الصالحین**، ج ۲، ص ۲۱۲، مسئلهٔ ۱۱.

۳. «... و لکن کان موجباً لِلْوقوع فی المعصیة، یجوز **المبادرة** اِلی طلاقها، مِنْ دون ذالک» (**ملحقات عروة الوثقی**، ج ۲، ص ۷۶، تهران (۱۳۷۷) در یک مجلّه).

۴. لاهوری، محمد اقبال، **احیاء فکر دینی در اسلام**.

۵. **فقیهان و زمان و مکان، و منابع فقه و زمان و مکان**، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام‌خمینی، ج ۸ زمستان ۱۳۷۴.

احتکار معتقدند. معتقدان به «حرمت»، احتکار را **ظلم** دانسته، و گفته‌اند: «حکم عقل به قبح ظلم و ستم، مسلّم است.[۱]

آیت‌الله شهید مطهّری رضوان‌الله علیه، در موارد دیگری نیز، با تکیه بر قاعدهٔ **«عدالت»** فتاوی و نظرات فقهی آموزنده‌ای ارائه کرده است، به موارد زیر توجه کنیم:

۱۳ـ در مورد احترام به کار و مالکیت، و طرد مالکیّت اشتراکی، استاد مطهّری، نادیده‌گرفتن کار فردی، و شریک کردن بیش از اندازهٔ اجتماع در ثمره کار فرد را، **خلاف** اصل **عدالت** می‌شمرد، و آن را استثمار می‌داند، زیرا حقی که اجتماع باید برای فرد درنظر بگیرد، همواره باید متناسب با کاری باشد که فرد انجام می‌دهد.[۲]

۱۴ـ در میان فقها و حقوقدانان، «معامله اضطراری» معامله‌ای نافذ و صحیح شمرده می‌شود. اضطرار همانند اکراه یا برخی موارد «اشتباه»[۳] نیست که معامله را غیرنافذ کند. (قانون مدنی مادّه ۲۰۶) در حقیقت، اضطرار در اثر فشارهای درونی معامله‌گر واقع می‌شود، امّا اکراه نوعی فشار از بیرون است که شخص نسبت به مال یا جان یا آبروی خود به نحوی مورد تهدید قرار می‌گیرد. در معامله اضطراری، نه تنها طرف قرارداد در تکوین و شکل‌گیری اوضاع «اضطرار»ی دخالتی ندارد، بلکه در تکاپوی سوءاستفاده از شرایط هم نیست، امّا شخص مضطّر به خاطر نیازی که دارد، (مثلاً اگر مبیع را نفروشد، در وضعیّت دشوارتری قرار می‌گیرد)، عدم قبول عقد اضطراری موجبات حرج و دشواری بیشتری را فراهم می‌آورد. امّا گاه طرف قرارداد، ممکن است اصولاً زمینه‌های اضطرار را آماده کند و درست در لحظاتی که با ایجاد زمینهٔ یک طرف، طرف دیگر قرارداد در شرایط سخت قرار می‌گیرد و مضطر می‌شود، از اضطرار او **سوءاستفاده** کند و کالا را به قیمتی غیر «متعارف» و غیرواقعی از چنگ مالک آن بیرون آورد و در نتیجه قرارداد غیرعادلانه‌ای را بر او تحمیل کند. آیا می‌توان از کنار چنین روابط و مناسباتی بی‌تفاوت و بی‌درد گذشت و به صرف اینکه قانون یا شرع قرارداد «اضطراری» را تنفیذ کرده، عقد مضطر را در هرحال نافذ و صحیح شمرد؟[۴]

فیلسوف فقیه (شهید مطهّری)، این گونه معاملهٔ اضطراری را که توسط طرف قرارداد

---

۱. آیت‌الله منتظری، حسینعلی، **دراساتٌ فی ولایة الفقیه**، ج ۲، ص ۶۳۶، و **رساله احتکار و تسعیر**.

۲. نظری به نظام اقتصادی اسلام، ص ۵۷.

۳. مانند اشتباه در شخص طرف، که شخصیّت او ملاک باشد.

۴. برای توضیحات بیشتر رک. امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج (۱ و ۲).

محملی برای سوءاستفاده شده، نامشروع و **ناعادلانه** و حرام می‌داند و می‌نویسد:

«... یک وقت هست که شخص اضطراراً (کالای خود را) به قیمت نازل‌تر می‌فروشد،[۱] ولی دیگری، از اضطرار او **سوءاستفاده** می‌کند. اینجا است که باید گفت: دیگری حق سوءاستفاده را ندارد. یعنی هر چند از نظر فروشنده، عمل جایزی صورت گرفته، امّا از نظر خریدار عمل نامشروع و حرامی صورت پذیرفته است، و چاره اجتماعی آن این نیست که عمل رأساً حرام باشد، حتّی برای فروشنده، بلکه یا باید گفت: اجتماع مکلّف است که در این گونه موارد، خانه را به قیمت عادله بخرد، و یا اینکه: معامله دارای دوجنبه است: از یک جنبه صحیح، و از جنبهٔ دیگر باطل و حرام و نامشروع است.»[۲]

حالتی را که استاد ترسیم فرموده‌اند، گاه پیچیده‌تر هم می‌شود، و خریدار زمینه‌های درماندگی و اضطرار را با طرح و نقشهٔ قبلی فراهم می‌آورد. کارگر جزئی به خود من گفت: «تمام زمین قابل کشت من در حوالی همدان دو سه جریب (حدود دو هزار و پانصد متر مربع) بود. کسی که صاحب سرمایه و چاه آب بود، به قدری در آب دادن برای زراعت من تعلل و بهانه‌جویی کرد که مجبور به فروش شدم»! یا جرّاحی را تصوّر کنیم که در دمادم عمل جرّاحی، به بهانه‌های مختلف مزد را بیشتر کند و...» و یا صورتهای مختلفی که حتی گاه تحت عناوینی چون: «اکراه»[۳]، «غبن»، «تدلیس»، یا «اضطرار» هم نمی‌گنجد. در این موارد است که سخن حضرت استاد مطهّری جان می‌گیرد و جُز، استناد به قاعدهٔ «عدالت» راهی نمی‌توان یافت.[۴] فرض کنیم در سفر دریایی،کشتی به علّت نقص فنّی در خطر و تلاطم قرار گیرد، و ناخدا از کشتی دیگری استمداد کند، امّا او در برابر تعمیر کشتی آسیب دیده، فرضاً به جای یک میلیون تومان، بیست میلیون مطالبه کند. شاید نتوان این «case» یا مورد خاص را تحت عنوان «غبن» یا «اکراه» آورد! آیا گرفتن بیست برابر قیمت **عادلانه** است، و می‌توان قرارداد کذایی را در میانه آن میدان نافذ و صحیح شمرد؟ به همین دلیل است که ماده ۱۷۹ قانون

---

۱. رک. مادّه ۲۰۶ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.

۲. مطهّری، شهید مرتضی، **نظری به نظام اقتصادی اسلام**، ۲۱۵ و بعد....

۳. به مواد ۲۰۰ تا ۲۰۹ قانون مدنی مراجعه شود: در همین زمینه متن زیر از کتاب «المستند الشیعه» محقق بزرگ ملامهدی نراقی (چاپ سنگی، ج ۲، ص ۳۶۴) قابل توجه شایسته است: ایشان می‌نویسد:
«ولولم یکرْههُ، علی خصوص البیع، ولکن اکرَهَهُ علی امرِ آخر، یَضطَرُّ بسببِهِ اِلی بیع ماله و لو بثمن بخس، وان کان قصد المکره ایضاً بیعَ المالِ و خروجه مِن یده، و عَلِمَ اَلبایعُ منه ذالک، و لم یُندفعَ ظلمُهُ اِلّا به، فهو ایضاً اکراهٌ علی البیع و مفسد ایّاه»!

۴. نراقی، احمد، **مستند الشیعه**، قم، مؤسسه آل البیت لِاحیاء التراث، ۱۴۰۵ق.

دریایی ایران مقرّر می‌دارد:

«هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل، یا تغییر داده شود...»[1]

قید «**غیرعادلانه**» بودن، سوءاستفاده از اضطرار را نشان می‌دهد. از سوی دیگر، نکته قابل توجه این است که قانونگذار معامله و قرارداد را همانند قرارداد «مُکَره»، غیرنافذ اعلام نمی‌کند، حتی به «عقد غبنی» هم اشاره ندارد، بلکه آن را «**باطل**» می‌داند. منتهی این بطلان یا تغییر قرارداد، باید از سوی دادگاه به اجرا درآید. در واقع دادگاه مجری قاعده «عدالت» معرّفی شده است.

در فقه سرشار امامیّه نیز اگر قرآن کریم محور عمده و اصلی فقیه قرار گیرد، و آیات با همان شیوه و مکتب تفسیری شادروان علّامه طباطبایی که تفسیر آیه، با مجموع آیات دیگر است، تفسیر و تبیین گردد، «قطعاً اصل عدل و قاعده غنی «عدالت»، یکی از موازین و قواعدی خواهد بود که جاودانگی، و سرمدیّت آئین مقدس را تضمین، و ادعای بسیار عزیز و عظیم «خاتمیت» را تحقق خواهد بخشید.

۱۵ـ حضرت امام خمینی در استنباطهای فقهی خود نیز، همچنان «عدالت» را به مثابه قاعده و میزان می‌دانند. ایشان دلیل اصلی حرمت ربا را «ظلم» و ستمی معرفی می‌کنند که در مناسبات مالی و اقتصادی مردم می‌رود. معظم له «حیله»های شرعی را هرگز راه علاج نشمرده و می‌فرمایند که «حیله» نمی‌تواند ظلم و ظلمانیّت ربا را محو و نابود کند، به همین دلیل ربا را در هر حال حرام می‌دانند و می‌نویسند:

«این سخن خداوند که «سرمایه از آن شماست، بدون آنکه ظلم کنید یا مظلوم واقع شوید»،[2] بر این معنا گواهی می‌دهد که گرفتن افزون بر اصل مال از نظر شارع، **ظلم و ستم** است، و همین ستم اگر علت حرمت ربا نباشد، حداقل حکمت تحریم رباست، و بدیهی است که با تغییر و تبدیل عنوان، ظلم بودن از بین نمی‌رود، و پیش‌تر بیان گردید که روایات صحیح، حرمت ربا را به گونه‌ای بیان داشته‌اند که ربا موجب روی بر تافتن مردم، از انعقاد معاملات و انجام کارهای پسندیده و نیک است و اینکه علت حرمت ربا همانا فساد و ظلمی است که در

---

۱. قانون دریایی ایران، مصوّب: ۱۳۴۳/۸/۹.
۲. بقره / ۲۷۹.

آن وجود دارد.»[1]

آیت‌الله مطهری نیز بر همین نکته استاد خود تأکید می کنند: «همین که فهمیدیم ربا حرام است، و بی جهت هم حرام نیست، می‌فهمیم هر اندازه که بخواهد تغییر شکل و فرم و صورت بدهد، باز حرمتش جائی نمی‌رود ماهیّت ربا، رباست و ماهیّت ظلم، ظلم»[2]

ایشان در مورد دیگری می گویند:

«اگر ثابت شود که عدل ایجاب می‌کند که فلان قانون باید چنین باشد، نه چنان، اگر چنان باشد، ظلم است، خلاف عدالت است، ناچار باید بگوئیم: حکم شرع هم همین است.»[3]

ایشان می افزایند:

۱۶ـ «... ظلم و بی‌عدالتی، منحصر به استثمار (یعنی اینکه فردی محصول کار دیگری را تصاحب کند) نیست. منع فردی یا افرادی از اینکه حداکثر استفاده را از نیروهای خدادادی خود بکند، و سلب این آزادی از او نیز ظلم، و سلب حق طبیعی است... زیرا دو چیز مانع رشد و ترّقی اجتماع است، و هر دو، نوعی ظلم و اجحاف هم هست، یکی حبس و توقیف موادّ اولیّه، به وسیله مالکیّت افراد معدود که لازمه رژیم سرمایه‌داری است، و یکی حبس و توقیف منبع انسانی و نیروی انسانی، و جلوگیری از مسابقه، که لازمه رژیم اشتراکی است...»[4]

۱۷ـ علاوه بر موارد مذکور، شهید مطهری مالکیّت بر ابزار بزرگ تولید را، به جهت توابع و آثار آن خلاف اسلام می‌دانند. روشن است که مالکیت بر «ابزار بزرگ تولید» هم باتوجه به سلطه و انحصاری که علیه اکثریت و «عامّه مردم» ایجاد می‌کند عادلانه و منصفانه نخواهد بود. استاد مطهّری تعبیر ژرفی در مورد سرمایه‌داری جدید و «ماشین» دارد، که سخت قابل توجّه است. می‌فرمایند:

«... درگذشته سرمایه‌دار فقط نیروی کارگر را می‌خرید، و ابزار ساده‌ای در اختیار او قرار می‌داد، و با محصول کار کارگر تجارت می‌کرد؛ ولی امروز ماشین می‌خرد و ماشین

---

۱. امام خمینی، روح‌الله **کتاب البیع**، ج ۲، ص ۴۵۱، مطبعه مهر قم، عبارت این است: «اِنَّ قولَهُ (وان تبتُم، فلکم رؤوسَ اموالکم، لاتظلمونَ ولا تُظلمون) ظاهرٌ فی ان اخذالزیاده عن رأس المال ظلم فی نظر الشارع الاقدس، و حکمةٌ فی الجعل، اِن لم نقل بالعلیة، و ظاهر الظلم لایرتفع بتبدیل مع بقاء الاخَذ علی حالةٍ و...»

۲. مطهّری، مرتضی، **بیست گفتار**، ص ۴۱ و ۴۲.

۳. همان، **نظام حقوق زن در اسلام**، ۱۲۳ و ۱۲۴.

۴. **بررسی اجمالی مبانی اقتصاد اسلامی**، ص ۱۹۰و ۱۹۱، انتشارات حکمت، ۱۳۰۴.

قدرت دارد صدبرابر کارگر کار کند. ماشینها جای انسان را گرفته‌اند، ماشین انسان فلزی است، ماشین قادر است، اضافه ارزش تولید کند، صدها برابر کاری که صرفِ تولید وی شده است ارزش تولید کند، ماشین بردهٔ مشروع اجتماع بشری است، پس حقیقت درست عکس نظر کارل مارکس است، ماشین سرمایه‌ای متغیّرتر از نیروی کارگر است و در عین حال ـ چنانکه بعداً خواهیم گفت ـ همین جهت پایه و مبنا و اصل اساسی توجیه کنندهٔ سوسیالیسم است. مشخّص اصلی سرمایه‌داری جدید این است که سرمایه‌دار ماشین را با این قدرت عظیم، در اختیار خود قرار می‌دهد. در صورتی که او نه خالق ماشین است و نه مخترع آن، فقط خریدار و مالک اوست.

آیا این چنین منبعی می‌تواند مملوک شخصی باشد؟ یا حتماً باید مانند منابع عمومی طبیعی در اختیار عموم باشد؟ ماشین از آن نظر، این قدر قدرت تولید دارد که جای شعور مستقیم انسان را گرفته است. به علاوه نیروی عظیم فلز و بخار و برق و غیره، در حقیقت انسان است با عضلات فلزی، و نیروی برق و بخار، در حقیقت شعور مخترع است که این همه کار را با این ابزار انجام می‌دهد. ماشین مظهر فکر و شعور مخترع، به عبارت بهتر مظهر پیشرفت و ترقی و تکامل اجتماع است که در اختیار سرمایه‌دار قرار گرفته است...

ماشین مغز اجتماع و ترّقی اجتماع است و بالاخره اجتماع بماهو اجتماع است، که به صورت ماشین در طول صدها قرن درآمده و کار می‌کند، نبوغ جامعه انسانی در امتداد تاریخ است که به این شکل درآمده است و...

سوسیالیسم مارکسیسم، حداکثر این است که مدّعی شود سرمایه‌دار از طریق غیرمشروع سود می‌برد، امّا چرا سرمایه‌اش باید از او انتزاع و به اجتماع سپرده شود، جوابی ندارد. امّا مطابق این سوسیالیسم علّتش این است که ماشین تعلق به اجتماع دارد، و از اول فرد نمی‌تواند مالک آن بشود. بعلاوه چنانکه قبلاً گفتیم و بعداً نیز توضیح خواهیم داد، سوسیالیسم مارکس، بیش از آنکه سرمایه‌داری را ظالمانه جلوه دهد، عادلانه جلوه می‌دهد.»[1]

آیت‌الله شهید سیدمحمدباقر صدر، علاوه بر اینکه:

۱۸ ـ «غیرمحدود بودن مالکیّت را ظلم می‌شمرد»[2] و آن را منافی قاعده عدالت می‌داند، می‌نویسد:

---

۱. **نظری به نظام اقتصادی اسلام**، ص ۱۳۸ ـ ۱۳۴.

۲. صدر، شهید سیدمحمدباقر، **اقتصاد ما**، ترجمهٔ ع، اسپهبدی، ص ۲۹۷، برهان ۱۳۴۹ (ج ۲) و **اقتصادنا**، ج ۱، ص ۳۷۳.

«هر کس طعام یا علوفه را به مدّت، خریداری نماید، و در رأس مدّت مبیع را طبق قرارداد نیافت و پولش را مطالبه کرد، فقط اصل سرمایه او مسترد خواهد شد. بدین گونه نه ظلم کنند و نه ظلم ببینند.»[1]

۱۹ ـ «تلّقی رکبان»: تلقی رکبان در واقع به پیشواز کاروانها رفتن است. کاروانهایی که کالاهای مختلف را از روستاها به شهر می‌آورند. پیامبر فرمودند: «نباید هیچ یک از شما (به عنوان پیش دستی در خرید) به خارج از شهر رود.» روشن است که ظاهر کار به لحاظ حقوقی اشکال عمده‌ای ندارد، تراضی طرفین موجود است و «قصد و رضا»، «مورد معامله» قیمت، «جهت معامله» که خرید برای فروش است، همه و همه در جای خود قرار دارد، امّا سرمایه‌داران شهری، با شیوهٔ به استقبال کاروانها رفتن، نوعی از «انحصار» را شکل می‌دادند و با قیمت دلخواه خود به مشتریان شهری عرضه می‌کردند، که پیامبر(ص) از این کار منع فرمودند. اساس منبع همان قاعده «عدالت» و قبح ظلم است.

۲۰ـ «بیع حاضر للبادی»: در بیع حاضر برای «بادی»، تاجر شهری متصدّی امور روستائیانی می‌شود که برای فروش کالاهای خود به شهر می‌آیند. بازرگان شهری، کالا را از آنها خریده، و محصولات را با قیمت‌هایی که خود می‌خواهد به دیگران می‌فروشد و در واقع سود کلانی را صاحب می‌شود.

شهید صدر می‌نویسد: «... فلسفه ممنوعیت مزبور، از میان برداشتن واسطه‌ها و هرگونه طفیلی‌گری در جریان تولید است... واسطه، تولیدکننده را از مصرف‌کننده جدا ساخته، و بدون آنکه واقعاً **کاری** انجام دهد، به صرف واسطه‌گری، درآمد و منفعتی به جیب می‌زند.»[2]

۲۱ـ دانشمندان علم اصول می‌گویند: «عقاب بلابیان قبیح است.» علت زشت بودن مجازات در مواردی که بیانی نرسیده است،[3] را ظلم بودن آن شمرده‌اند. آخوند خراسانی می‌گوید: «مجازات کردن مخالف، براساس تکلیفی که به انسان نرسیده، از بارزترین مصادیق **ظلم** است.»[4]

۲۲ـ یکی از فقهاء می‌نویسد: «هرگاه در تشخیص حکم شرعی، امر بر ما مشتبه شود،

---

۱. همان.

۲. همان، ص ۲۹۵ و بعد.

۳. شبیه همین عبارت در حقوق جدید همان: «قانونی بودن جرم و مجازات است»، که به نحوی در قاعده «درأ» هم انعکاس می‌یابد.

۴. خراسانی، محمدکاظم خراسانی، **کفایة الاصول**، ج ۲، ص ۲۵۵.

باید با توجّه به ذوق سلیم و با تکیه بر عقل، مقتضای **عدل و احسان** را در آن قضیه بررسی و اجرا کنیم.»[۱]

۲۳ ـ دکتر جعفری لنگرودی می‌نویسد: در مسئله «اضطرار»ی که منجر به ظلم و سوءاستفاده طرف قرارداد از وضعیّت مضطر می‌شود، قرارداد یا باطل اعلام می‌شود و یا اگر: «دادگاه فسخ را صلاح نداند، حکم به **عدالت** کرده، و حالت تعدیل بین عوضین را اعلان خواهد کرد. در حقوق اسلام هم با استفاده از آیاتی که دربارهٔ اجرای عدالت داریم، همین نظر را باید می‌دادند.[۲] صرفاً نباید به آیهٔ «**اوفوا بالعقود**» چنگ زد. بلکه باید به آن آیه و آیات دیگر، راجع به عدالت، متوسّل شد. باید از همه آیات که مربوط به یک مورد می‌شود، استفاده کرد، و نباید برخی از آیات را کنار نهاد.»![۳]

ایشان در مورد دیگری، پیرامون قاعده عدالت می‌نویسد:

۲۴ ـ «... اصلی از قانون اساسی که متعرّض تفکیک قوای سه‌گانه شده است، عالی‌ترین مظهر عدل است.»[۴]

باز می‌نویسد:

۲۵ـ... در موردی که کسی پولی قرض داده و در زمان پرداخت آن، پول از رواج افتاده، یک حدیث هست که می‌گوید؛ از پول رایج کنونی، هم ارزش مال القرض باید داد. این حدیث عین «**عدل**» است و **مطابق** قرآن (سوره ۵، آیه ۸).[۵]

هم او می‌گوید:

۲۶ـ در مورد مادّه ۹۳۹ قانون مدنی، در میراث «خنثای مشکل»،[۶] قاعدهٔ **عدل** را پایه قرارداده‌اند.[۷] این ماده می‌گوید:

«در تمام موارد مذکوره در این مبحث و دو مبحث قبل، اگر وارث خُنثی بوده، و از جمله

---

۱. شمس‌الدّین، محمدمهدی، علم اصول، ابزار یا هدف، مجلّه فقه اهل بیت، سال دوّم، ش ۸ ص ۱۱۶.

۲. البته برخی از فقهاء، مثل مرحوم ملا احمد نراقی، همین نظر را داده‌اند. مبنای حضرت امام خمینی نیز همین است.

۳. دکتر جعفری لنگرودی، **حقوق اسلام**، ص ۱۸۸.

۴. دکتر لنگرودی، **عناصر شناسی**، ص ۴۲۱ و ۴۲۲، واژه عدل.

۵. همان.

۶. «خنثای مشکل»: خنثائی که علامات ذکور، یا علامات اناث، هیچ یک بر او غالب نباشد. در این مورد به «عناوین» میرفتاح مراغه‌ای، چاپ ۱۲۹۷، ص ۱۰ مراجعه فرمائید.

۷. دکتر لنگرودی، **عناصر شناسی** (همان).

ورّاثی باشد که ذکور آنها دو برابر اناث می‌برند، سهم‌الارث او به طریق ذیل معیّن می‌شود:

اگر علائم رجولیّت غالب باشد، سهم الارث یک پسر از طبقهٔ خود، و اگر علایم اناثیّت غلبه داشته باشد، سهم الارث یک دختر از طبقه خود را می‌برد. و اگر هیچ یک از علایم غالب نباشد، نصف مجموع سهم‌الارث یک پسر و یک دختر از طبقه خود را خواهد برد.»

۲۷ ـ ایشان همچنین در خصوص مادّه ۹۴۵ که می‌گوید:

«اگر مردی در حال مرض زنی را عقد کند، و در همان مرض، قبل از دخول بمیرد، زن از او و ارث نمی‌برد...» می‌نویسد:

حال اگر در این فرض به جای فوت مرد، زن بمیرد، آیا مرد از چنین زوجه‌ای ارث می‌برد؟ قانون مدنی و نصّ شرع در این مورد ساکت است. بین فقها نیز اختلاف نظر هست. **عدالت** اقتضا می‌کند که وراثت زوجین یک مطلب طرفینی باشد. پس همان‌طور که زوجه بدون وقوع «دخول»، از این زوج مریض، ارث نمی‌برد، زوج هم (براساس قاعده عدالت) نباید از آن زوجه ارث ببرد.[1] برای ملاحظه نظر مخالف به پاورقی مراجعه فرمائید.[2]

۲۸ـ برخی از روایات شرط قصاص مرد، در برابر زن (مقتوله) را پرداخت مابهِ التفاوت دیهٔ زن، از سوی ولی یا اولیاء دم زن برشمرده اند، امّا بعضی از فقها، ردّ مابهِ التفاوت دیه را شرط صحّت و مشروعیّت قصاص ندانسته‌اند. آیت‌الله صانعی[3] روایات مذکور را با آیاتی از قرآن کریم معارض شمرده و آن روایات را طرد کرده‌اند. آیاتی نظیر: **«و ما ربک بظلّامٍ للعبید»**[4] و **«انّ الله یَأمُر بالعدل و الاحسان»**[5]

۲۹ـ فقها در برخی **موارد** خطابهای شرعی را که به گونه‌ای عام **یا مطلق** وارد **شده‌اند**، برای رفع و دفع ظلم، **مطلق** را **مقیّد** کرده‌اند، و بدین **گونه** براساس قاعدهٔ **عدالت عمل نموده‌اند.**

---

۱. لنگرودی، **عناصر شناسی**، واژه **عدل**، و نیز **حقوق اسلام**، ص ۲۰۰ و بعد مراجعه فرمائید (همان).

۲. دکتر امامی معتقد است، باتوجّه به مواد قانون مدنی، در صورتی که زن مریض بوده و قبل از دخول فوت کند، شوهر از او ارث خواهد برد، زیرا با صراحت مادّه ۹۴۰ ق م به توارث زوجین از یکدیگر، و عدم استثناء مورد مزبور، ارث بردن شوهر از زن مسلّم می‌باشد (**حقوق مدنی**، ج ۳، ص ۲۹۹).

تبصره: در موارد اختلاف فقها، یا حقوقدانان (دکترین)، باید به نظر حقوقدانی عمل کنیم، که نظر و رأی او با «**عدالت**» تطبیق می‌کند. نظر آقای دکتر لنگرودی به حق و عدالت نزدیک‌تر، بلکه با عدالت زمانه منطبق است.

۳. صانعی، یوسف (مصاحبه)، **مجموعه** گفتگوهای هم‌اندیشی بررسی مسائل و مشکلات زنان، ص ۳۸، و **مصباح المقلّدین**، ص ۵۶۰.

۴. **فصلت/ ۴۱.**

۵. نحل/ ۹۰.

مثالی که در این مورد آورده‌اند، حق طلاق مرد است. روایت در این خصوص می‌گوید: «**الطلاقُ بید مَن اَخَذَ بالسّاق.**» امّا در مواقعی که زوج نفقه زوجه را نمی‌پردازد و بر او **ظلم** می‌کند، این «مطلق» را «مقیّد» دانسته و آن مورد را استثناء کرده‌اند. این تقیید بر همان اساس: «حسن عدل و احسان» و «قبح جور و عدوان» است. البته عدم پرداخت نفقه، گاه به‌علّت عجز و ناتوانی زوج است، و گاه شوهر عمداً امتناع می‌کند.[1]

۳۰ ـ برعکس آنچه در شماره ۲۹ مطرح گردید، دانشمندان حقوق اسلامی، گاه بر مبنای عدالت و زشتی ظلم و ستم «مقیّد» را توسعه داده و مصادیق را بیشتر از آنچه در متون ذکر گردیده، دانسته‌اند. مثلاً در مواردی که ملاک حرمت را «**ظلم**» دانسته‌اند، آن را به «مصادیق» دیگر سرایت و گسترش داده‌اند. درست مثل قیاس منصوص العلّه، که در هر مورد و مصداقی که علّت حضور داشته باشد، حکم به صورت معلول مشخّص می‌گردد و اعلام می‌شود. احتکار از این قبیل نمونه‌هاست، که در بعضی از روایات تنها به کالاهای معینی اختصاص یافته است، لیکن فقها، به ملاک قبح ظلم، حرمت احتکار را، به هر آنچه موردنیاز و احتیاج مردم است سرایت داده‌اند.[2]

۳۱ ـ گاهی دو «سبب» در واردآمدن ضرر و خسارت مدخلیّت دارند. این دو «سبب» زمانی در طول هم، و برخی از اوقات در عرض هم هستند. «بیّنه کاذب» که همان گواهان دروغ، یا اصطلاحاً «شاهدان زورند»، گاه به دروغ شهادت داده و موجب خسارت «مشهودٌ علیه» می‌شوند. قاضی بر مبنای شهادت دو شاهد رأی صادر می‌کند، امّا نهایتاً معلوم می‌شود که شاهدان دروغ گفته‌اند. هر دو سبب (شهود زور) مسئولند. امّا مسئولیت به چه نسبتی بین دو شاهد توزیع می‌شود؟ می‌گویند: «حکم به تشریک ضمان دو سبب اقرب به عدل است.»[3] برخی مسئولیت را به سبب قوی‌تر داده‌اند، امّا حق آن است که: «دلیلی نداریم که فقط اقوی مسئول باشد.»[4] (ماده ۳۲۲ ق م).

۳۲ ـ حضرت امام خمینی (قدّس سره)، نه فقط ربا را در هر شکل و شمایلی و با هر «حیله»ای، ظلم می‌دانند، بلکه براساس قاعدهٔ «عدالت» و بر پایهٔ روایاتی که زیاده را «ظلم»

---

۱. حضرت امام خمینی، **کتاب البیع**، ج ۳، ص ۴۱۰، و آیت‌الله منتظری، حسینعلی، **دراساتٌ فی ولایة الفقیه**، ج ۲، ص ۶۳۶.
۲. همان.
۳. دکتر لنگرودی، **مبسوط**، ج ۱، ص ۱۴۰: «اجتماع دو سبب.»
۴. همان، ص ۱۴۲.

دانسته‌اند، روایات معارض را طرد می‌کنند؛ یعنی با استناد به «عدالت» و قبح ظلم، روایاتی را که با حیله و ظاهرسازی «مجوّز» ربا هستند، آن روایات را رد می‌نمایند. ایشان در این خصوص می‌فرمایند:

«ولا استبعَدُ اَنْ تکونَ تلک الروایات، مِنْ دَسِّ المخالفین، لتشویهِ سَمْعَةِ الائمة الطاهرین»! [1]

دور نمی‌دانم، که این قبیل روایات، به منظور تیره و زشت جلوه دادن آوازهٔ امامان معصوم، و از دسیسه‌های مخالفین باشد.» حضرت امام طرد و رد روایات مذکور را علاوه بر قبح ظلم، مخالف کتاب و سنت هم می‌دانند.

۳۳ـ درخصوص آیه۳۳ [2] سوره مائده که به مجازات (حدّ) محارب مربوط است، برخی از فقهاء معتقد به «تخییر» از سوی قاضی (تخییر در انتخاب یکی از چند مجازات) و بعضی دیگر معتقدند که واژه «اَوْ» در آیه، دلالت روشنی بر تخییر یا ترتیب نمی‌کند، بلکه استفاده تخییر یا ترتیب محتاج به قرینه است.

آیت‌الله موسوی‌اردبیلی، نظریّه ترتیب را پذیرفته، و در مقام استدلال بر این نظر، به اصل **عدالت** استناد می‌کند و می‌نویسد:

«در این مسئله اشکالی به چشم نمی‌خورد که واژهٔ «اَوْ» هم در تخییر به کار می‌رود و هم در تنویع و ترتیب» از سوی دیگر مجازاتهای ذکر شده در آیه از نظر شدّت و ضعف تفاوتهایی دارند، چنانکه جنایات متفاوت هم باعث می‌شود که بگوئیم مجازات سنگینی برای جنایت بزرگ، و مجازات سبک برای جنایت کوچک است، و این عدالت، و تناسب جرم و جزا، اصلی است که وجدان و عقل انسان بدان حکم می‌کند افزون بر این که تخییر به معنای اختیار مطلق قاضی و بدون درنظر گرفتن، اصل تناسب جرم و جزا، با عقل و حکمت سازگار نیست.» [3]

۳۴ـ درکتاب **دراساتٌ فی ولایة الفقیه** و...، [4] این مسئله مطرح شده است که اگر در یک زمان فقهای بسیاری واجد شرایط ولایت و رهبری باشند، چه باید کرد؟ پنج احتمال به‌خلاصهٔ زیر مورد بررسی و نقض و ایراد قرار گرفته است:

---

۱. **کتاب البیع**، ص ۴۱۶.

۲. آیه ۳۳ مائده: «انّما جزاءُ الّذینَ یُحاربون الله و رسُولَهُ، وَیسْعَونَ فی الارض فساداً، اَنْ یُقتّلوُا، او یُصَلّبوا، اَوْ تُقَطّعَ اَیدِیهِمْ و اَرْجُلَهُم مِنْ خِلاف او یُنفَوا مِنَ الارض....»

۳. موسوی اردبیلی، آیت‌الله سیدعبدالکریم، **فقه الحدود و التعزیرات**، ص ۸۰۱ مکتبة امیرالمؤمنین، ۱۴۱۳.

۴. آیت‌الله منتظری، حسینعلی، ترجمه محمود صلواتی، ص ۱۹۵ و ۱۹۶، نشر تفکّر، ج ۲، ۱۳۶۹.

۱ـ همه فقهای واجد شرایط یک عصر به صورت «عام استغرافی»[1] از جانب ائمه (ع)، منصوب باشند. یعنی هر یک از آنها بالفعل و به طور مستقل دارای ولایت باشند.

۲ـ همه آنها به طور عموم ولایت داشته، امّا اعمال ولایت تنها برای یکی از آنها جایز باشد.

۳ـ فقط یکی از آنها منصوب به ولایت باشد.

۴ـ همه منصوب به ولایت باشند، لیکن اعمال ولایت هر یک از آنان، مقیّد به هماهنگی و اتّفاق‌نظر با دیگران باشد.

۵ـ اینکه: مجموعه آنها، «مِنْ حیث‌المجموع»، به ولایت منصوب باشند، که در واقع همهٔ آنها به منزله امام واحد هستند[2] که واجب است در اعمال ولایت با یکدیگر توافق و هماهنگی کنند، البته نتیجه احتمال چهارم و پنجم چنانچه روشن است، یکی است.

ایشان، توضیحات مستوفایی در بررسی احتمالات پنجگانه مطرح می‌کنند، و تعدّد امامت و رهبری را موجب بروز مسائل و مشکلاتی می‌دانند که هرگز آن تعدّد، نمی‌تواند مصالح جامعه را حفظ کند. در زیانهای تعدد «امامت» آیت‌الله منتظری، مضار و مشکلات زیر را متذکّر می‌شوند و می‌گویند عدم وحدت در امر عظیم «امامت» باعث:

۱ـ «نقض غرض» شریعت، و «اختلال نظام»،

۲ـ «هرج و مرج، اختلاف، تشاجر و فساد»،

۳ـ «معصیّت» در بین مردم و «اهل زمین»،

۴ـ ریختن «خونهای محرْم» و «هتک حرمتها و آبروها»

۵ ـ معطل ماندن «مصالح» در اثر تنازع و اختلاف و... می‌شود.[3]

نویسنده کتاب ولایت فقیه آنگاه می‌افزاید:

«... خلاصه کلام اینکه تعدّد رهبری، و متفرق بودن مراکز تصمیم‌گیری، در یک زمان باتوجّه به اختلاف نظرها، زیانش بسیار زیاد و شکننده است، بویژه در مواقع و شرایط حسّاس و بهنگام تشنج اجتماعی و جنگ و قتال و... و این‌گونه ادارهٔ حکومت مخالف سیرهٔ عُقلاء و

---

۱. «عامّی» که اثر قانونی راجع به آن، در فرد فرد عام به طور مستقل، صدق کند (اقدام هر فرد مستقلاً دارای ملاک است).

۲. منظور «عام مجموعی» است: عامی است که حکم قانونی مربوط به آن، برای همهٔ افرادش یکجا و من حیث المجموع صدق می‌کند.

۳. ر.ک. **مبانی فقهی حکومت اسلام** (همان) ص۱۹۹ـ۱۹۵.

متشرّعه است، و از مسائلی است که تاکنون کسی قائل به آن نشده است.»[۱] و اضافه می‌کند:

«من در مجلس خبرگان (خبرگان تدوین قانون اساسی)، ابتدای امر مدافع این نظر بودم، (رهبری شورائی و جمعی)، امّا پس از تعمّق و تأمّل بیشتر، این معنی برایم روشن گردید که ادارهٔ شئون امّت، بویژه در شرایط حسّاس و مهم، بر وحدت مرکز تصمیم‌گیری توقف دارد، و در بیشتر موارد، تعدّد مرکز، موجب پایمال شدن بسیاری از مصالح می‌گردد، و پیش‌تر نیز در کلام امیرالمؤمنین(ع) خواندیم که فرمود: شرکت در حکومت به تزلزل و اضطراب کشیده خواهد شد.»[۲] (لازم است، برای ملاحظهٔ تفصیل مطالب به کتاب «**دراسات**»، یا ترجمه آن: «مبانی فقهی حکومت اسلامی» مراجعه شود)، امّا نویسنده در نهایت بحث به عنوان نتیجه می‌گوید:

«... و شما نیز هنگامی که در عقل خویش، گستردگی حکومت اسلامی و کثرت مسائل مستحدثهٔ آن را مجسم نمایی، برای تو آشکار می‌گردد که مبدأ و مرکز تصمیم‌گیری باید یکی باشد، و شرکت در حکومت به عدم ثبات و اضطراب کشیده خواهد شد، و دخالت هر فقیه در مسائل، موجب هرج و مرج می‌گردد.»[۳]

اشاره به عباراتی چون: «فساد، اختلال نظام، نقض غرض شارع، معصیت، ریختن خونهای محرّم و...» نشان می‌دهد که در یک کلام، عدم وحدت در رهبری و امامت موجب «ظلم» و بی‌عدالتی است، و چه ظلمی بدتر از هرج و مرج و فساد و خون‌ریزی و...

۳۵ ـ انصافاً آنچه موجب «**وَهْنْ**»، یا انزوای احکام اسلامی، در روزگار جهانی شدن است، غیرعادلانه و بی‌تردید موجب «ظلم» به آئین مقدّس اسلام است. یکی از موارد در کنوانسیونها و میثاقهای بین‌المللی حقوق بشر که بر آن اصرار می‌شود، و موجب انزوای احکام است، عدم رفع «تبعیض حقوقی»، به لحاظ برخی تفاوتهاست.

جهان امروز، مثل مقوله «بردگی»، دیگر عدم تساوی مسلمان و غیرمسلمان را در مجازاتها، نمی‌پذیرد، و تبعیض را در این موارد «ظلم» می‌داند، و یا دست کم آن را خلاف مصالح نظام می‌شمرد. یکی از محققان می‌نویسد:

«حق محاکمه **عادلانه**، در زمرهٔ نخستین حقوق هر متهم شمرده می‌شود. البته از جمله لوازم این حق، چند مرحله‌ای بودن دادرسی و بی‌طرفی قاضی، و حاکمیّت اصل برائت در تمام

---

۱. همان، ص ۲۰۰.

۲. همان، ص ۲۰۲: «الشرکة فی الملکُ، تُؤدّی اِلَی الاضطراب» **غرر و درر**، ج ۲، ص ۸۶.

۳. همان، ص ۲۱۰ و ۲۱۱.

طول دادرسی، و دارابودن حق دفاع کامل است و...»[۱]

۳۶ـ استاد مغنیه، فقیه نامدار معاصر می‌نویسد:

«کسی که در اسرار آیات قرآن کریم و روایات دقّت و تدبّر کند، به روشنی درمی‌یابد که قانونگذاری و تشریع در اسلام بر اصول و قواعد فراگیر زیر استوار است. از جمله آن قواعد عبارتند از:

۱ـ آزادی و آزادگی

۲ـ حفظ حرمت خون انسان

۳ـ حراست اموال

۴ـ نفی ضرر

۵ـ حفظ نظام اسلامی

۶ـ حجیّت عرف در فقدان دلیل اجتهادی

۷ـ **عدالت** گستری بین همه مردم.[۲]

۳۷ـ قطعاً ایجاد «حرج شدید»، برای افراد «ظلم» و بی‌عدالتی است. یکی از نویسندگان می‌گوید: «... هرگاه پس از لازم‌شدن وصایت،[۳] اجرای آن، موجب حرج شدید وصیّ شود، یا به حیثیّت اجتماعی (آبروی) او، لطمه شدید وارد شود، و مثلاً مورد تهمت و ناسزا قرار گیرد، وصیّ می‌تواند، از وصایت استعفا کند.»[۴] در صورتی که به بهانه عقد یا ایقاع «لازم»، وصیّ نتواند کناره‌گیری، از وصایت کند، قطعاً مورد «ظلم» و ستم قرار خواهد گرفت. قاعده عدالت، تحمیل چنین ستمی را برنمی‌تابد.

۳۸ـ برخی از فقها، طلاق بدون سبب را ظلم و آن را حرام شمرده‌اند. امام محمد غزالی در کتاب معروفش،[۵] می‌نویسد:

«... طلاق در صورتی مباح است که ایذاء باطل در آن نباشد... طلاق موجب آزردگی زن و آزردن دیگری عملی نارواست، مگر آنکه جنایتی از سوی زن صورت گرفته باشد، یا

---

۱. رضائی، دکتر حسن، **نقش مقتضیات زمان و مکان**، ص ۱۰۱ و ۱۰۲، مؤسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۸۲.

۲. مغنیه، استادمحمدجواد، **الشیعه فی المیزان**، (ترجمه: **روشی نو در استنباط احکام**)، ص ۱۵۲ و ۱۵۴.

۳. «وصایت» یا وصیّت عهدی این است که شخص به موجب وصیّت، یک یا چند نفر را، برای انجام امر یا اموری نسبت به بعد از مرگ خود، مأمور کند (مادّه ۸۲۶ق م). وصایت گاه به صورت عقد «لازم» درمی‌آید.

۴. محمدی، ابوالحسن، **قواعد فقه**، ص ۲۰۰ و ۲۰۱.

۵. غزالی، ابوحامد امام محمد، **احیاء علوم الدّین**، ج ۲، ص ۵۵، بیروت دارالفکر، چاپ سوّم ۱۴۱۱ ق.

ضرورتی از سوی مرد موجب طلاق گردد. خداوند فرموده است، در صورت اطاعت (عدم نشوز) بر آنها ظلم نکنید.»[1]

قابل توجه آن است که در فرض سازگاری زن، طلاق مصداق «بغی» و ستم معرّفی می‌شود.[2]

حقوقدانان نیز در مواردی به: عدل، عدل و انصاف، عدالت محض، عدالت قضایی و امثال و نظایر این عبارات استناد کرده‌اند که هدف همان قاعدهٔ عدالت است. به مثالها و نمونه‌های زیر توجّه کنیم:

۳۹ ـ در وصیّت، اقدام به «واجبات بدنی»، بر «وصایای تبرّعی» مقدّم است. مثلاً اگر موصی وصیّت کند که پس از فوت، به نیابت از او، حج بگزارند، این وصیّت بر وصیّت تبرّعی (مثلاً کمک به فقرا) مقدّم است، چرا که واجبات، جنبهٔ تعهّد و «دین» در مقابل خداوند دارد (حق‌الله). در این زمینه برخی گفته‌اند:

«قانون مدنی راجع به مقدّم داشتن واجبات بدنی بر تبرّعی بیانی ننموده و نامی هم از آنها نبرده است؛ و چنانچه بتوان تقدّم مزبور را، از روح قانون یا عرف و عادت مسلّم دانست، رعایت انصاف و **عدالت قضایی**، و متابعت حکم الهی شده است.»[3]

۴۰ ـ در صورتی که بدهکار به منظور فرار از دین اموال خود را به دیگران بفروشد، یعنی فروش در این مورد به زیان طلبکاران است. برخی گفته‌اند، انصاف مقتضی آن است که بین انتقال گیرندهٔ رایگان (متهّب)، با کسی که در برابر «عوض»، مال مدیون را به دست می‌آورد، تفاوت باشد متهّب، به ضرر و به هزینه طلبکارانِ «واهب» مال را از آن خود می‌کند. پس این استفاده بدون جهت است و باید مالی را که به رایگان برده بازگرداند. خواه از حیله بدهکار آگاه باشد و خواه آگاه نباشد. برعکس، کسی که به طور معوّض مال بدهکار را به دست آورده، در برابر آن مال، عوضی داده است. در این مورد بعضی گفته‌اند:

«... اگر در نتیجهٔ دعوای طلبکارها از آن (مال) محروم شود، خود نیز برای بازپس گرفتن عوض، در شمار طلبکاران این بدهکار مُعسر درمی‌آید، و این بی‌عدالتی محض است که او

---

۱. «فان اَطَعْنَکُم، فلا تبغُوا علیهنَّ سبیلاً» (نساء /۳۴)

۲. «قال (ع): تزوّجوا، ولاتُطلّقوا فانَّ الطلاقَ یَهتَزُّ مِنهُ العَرْش»: ازدواج کنید، و طلاق و جدائی را فرو گذارید، زیرا که عرش خداوند از طلاق می‌لرزد!

۳. دکتر امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ۳، ص ۱۱۵.

فدای دیگران شود.»[۱] در نتیجه هنگامی معامله او ابطال می‌شود که در نیرنگ بدهکار شریک باشد.

۴۱ـ می‌دانیم که جهل، همواره رافع تکلیف نیست و این اصل تقریباً مسلمی در دنیای حقوق است که می‌گویند:

«جهل به قانون رفع تکلیف نمی‌کند.» البته در حقوق اسلامی علی‌الاصول «جاهل مقصر» در ردیف «جاهل قاصر» قرار نمی‌گیرد و اصولاً «جهل تقصیری» رافع تکلیف نیست. در مبحث قاعدهٔ **«درأ»** هم خواهیم دید که در امور کیفری، «شبهه جهل» مجازات را در خیلی از موارد، منع و درأ می‌کند. در حقوق موضوعه برخی، بین «احکام تکلیفی» و «احکام وضعی» در مسئله جهل تفاوت گذارده‌اند.[۲] اما همان طور که اشاره شد، در حقوق جدید، قانونگذاران، بر نظم و امنیت، بیشتر اهمیت داده‌اند تا عدالت فردی، و اساساً، با توجه به انتشار قوانین، و گذشتن مهلت پانزده روز از زمان انتشار، همه شهروندان و مکلفان را «آگاه» فرض می‌کنند، لذا اصل بر آگاهی از قانون است، مگر خلاف آن اثبات شود. در این فرض **«اصل»** بر عدم جهل است، و بر همین پایه می‌گویند: اثبات جهل بر عهده مدعی جهل است، یعنی اصل «عدم»، (عدم آگاهی) را با توجه به انتشار قوانین، نادیده می‌گیرند و اصل آگاهی را مقدم بر اصل عدم می‌دانند.[۳]

با این همه، قانونگذاران حقوق موضوعه هم، در برخی مواقع ادعای جهل را می‌پذیرند. از جمله این موارد **«جهل همگانی»** است:

«در مواردی که به سبب وجود قوه قاهره، مانند جنگ و اشغال نظامی یا زلزله و طوفان، مردم منطقه‌ای از قانون بی‌اطلاع می‌مانند، و همچنین در صورتی که متن قانون مبهم است و معنایی را که عموم از آن فهمیده‌اند، با تعبیر قاطع دیوان کشور منافات دارد، نپذیرفتن ادعای جهل به قانون، ظالمانه به نظر می‌رسد، و عدالت اقتضاء می‌کند، که در این گونه موارد نیز محاکم به ادعای جهل رسیدگی کنند. چنانکه دادگاههای فرانسه نیز، به خاطر رعایت همین **عدالت**، با شرایطی ادعای جهل را می‌پذیرند، و غالب نویسندگان فرانسوی از این رویه طرفداری کرده‌اند.»[۴]

---

۱. دکتر کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، ص ۲۶۸ و ۲۶۹، شرکت انتشار، ۱۳۶۹.
۲. امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ۴، ص ۸۴ و بعد.
۳. هرچند با فرض انتشار قانون، مؤاخذه و عقاب هم دیگر «عقاب بلابیان» نیست.
۴. کاتوزیان، ناصر، **مقدمه حقوق**، ص ۱۶۶، شرکت سهامی انتشار، سال ۱۳۷۶.

همسانی عدل و عقل

از امام علی(ع) می‌پرسند عاقل کیست؟ یا: «عاقل را برای ما توصیف کن» فرمود: «عاقل کسی است که هر چیز را در منزلت و در جای خود بنهد»

پرسیدند: «جاهل کیست»؟ فرمود: «همان که گفتم.»[۱] در این پرسش و پاسخ تعریف عقل و عاقل، منطبق بر تعریف عدل و عادل است. بر همین پایه، برخی از دانشمندان گفته‌اند: «عدل همان خرد عملی است.»[۲] بر این مبنا در برخی مثالها، درست در جایی که می‌توان بر «عقل» استناد کرد، بر عدل هم می‌توان تمسک نمود. به مثال زیر توجه کنیم:

۴۲ـ «دادرس مأمور اجرای قوانین است... حال اگر فرض کنیم که یکی از این متون (قوانین) مربوط به قانون اساسی، و دیگری از قوانین عادی باشد، عقل (و یا عدل) حکم می‌کند که قاعدهٔ عالی‌تر، بر مقررات پایین‌تر حکومت کند.»[۳]

در مثال زیر هم در عین حال، به عقل و عدل هر دو می‌توان استناد کرد:

۴۳ـ شیخ اعظم انصاری، در مسئله فروش وقفی که در معرض ویرانی است می‌گوید: «وقتی مورد وقف ویران است، سه نحوه برخورد ممکن است:

۱ـ آن را به حال خود واگذارند، تا کاملاً از بین برود.

۲ـ افراد (موقوف علیهم) که در حال استفاده از موقوفه هستند، به همان حال ادامه دهند تا نابود شود.

۳ـ وقف را مبادله و تبدیل به احسن کنند که آیندگان نیز از آن بهره‌ور شوند.

شیخ می‌افزاید: راه نخست، با حق خداوند و حقوق واقف و موقوف‌علیه سازگاری ندارد. طریق دوم با حقوق بطن‌های آینده ناسازگار است. در عین اینکه اگر اتلاف وقف جایز باشد، نقل آن نیز جایز خواهد بود. راه صحیح و مطابق شرع، همان طریق سوم است.[۴] در این مسئله نیز می‌توان، مستند حکم را عقل یا عدالت شمرد.[۵]

---

۱. **نهج البلاغه**، حکمت ۲۳۵.

۲. جوادی آملی، **فلسفه حقوق بشر**، ص ۲۰۳.

۳. کاتوزیان، همان، ص ۱۴۷.

۴. «...ان الامر دائرٌ بین تعطیله حتّی یتلِفَ بنفسه، و بین انتفاع البطن الموجودیه بالاتلاف، و بین تبدیله بما یبقی و یَنتَفَعَ به الکل، و الاولُ تضییعٌ مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف علیه، و امّا الثانی فمَعَ منافاتهِ لحقِ سائرِالبطون، یستلزمَ جواز بیع البطن الاولُ، اذ لافرق بین اتلافه و نقله، و الثالثُ هوَ المطلوب.» (شیخ الانصاری، **مکاسب**، ص ۱۶۸)

۵. علی دوست، ابوالقاسم، **فقه و عقل**، ص ۱۲۶ و ۱۲۷، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۱.

۴۴ـ در قاعدهٔ «اتلاف و تسبیب»، یا به تعبیر بهتر در «اتلاف به تسبیب»، این مسئله دشوار مطرح است که درصورت تعدد اسباب، ضرر متوجه کدام علت یا سبب می‌شود؟ نظریه‌های مختلفی به خلاصهٔ زیر مطرح شده است:

۱ـ نظریه تساوی شرایط،

۲ـ نظریه سبب نزدیک و بی‌واسطه،

۳ـ نظریه سبب اصلی و متعارف.[۱]

برخی از حقوقدانان، مبنای حقوقی نظریه سوم (سبب اصلی و متعارف) را منطقی دانسته و گفته‌اند: این نظریه «منطقی به‌نظر می‌رسد زیرا **عادلانه** نیست که شخص نسبت به اموری مسئولیت پیدا کند که نتیجه ضروری اعمال او نیست، و اسباب و وسایل دیگری نیز در ایجاد آن دخیل بوده است و...»[۲]

۴۵ـ می‌دانیم که قوانین پس از تصویب مجلس و تأیید شورای نگهبان، به رئیس جمهور ابلاغ می‌شود. ماده اول قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب چهاردهم آبان ۱۳۷۰، مقرر می‌دارد:

«مصوبات مجلس شورای اسلامی و نتیجه همه‌پرسی، پس از طی مراحل قانونی به رئیس جمهور ابلاغ می‌شود. رئیس جمهور باید ظرف مدت ۵ روز آن را امضاء و به مجریان ابلاغ نماید...» ماده ۲ قانون مدنی نیز می‌گوید که: قوانین ۱۵ روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم الاجراء است... ماده ۹ همان قانون، قراردادها و عهدنامه‌هایی را که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد می‌شود، در حکم قانون دانسته، پس «عهدنامه»ها نیز باید منتشر شود. اما در مورد مصوبات دولت هیچ متنی نسبت به انتشار آن حکمی ندارد، لذا این سؤال مطرح می‌شود که مصوبات هم برای مخاطبان و مجریان باید منتشر شود یا نه؟ همان‌طور که قبلاً اشاره رفت، مجازات و عقاب بلابیان ظلم و به اصطلاح «قبیح» است و **عدالت** ایجاب می‌کند که قبل از هر گونه تکلیف و مجازات، موضوع برای مکلف بیان شده باشد.[۳]

---

۱. برای ملاحظه نظر فقهاء در مورد هر سه نظریه به کتابهای: **قواعد فقه** آیت‌الله مکارم شیرازی (۱۳۸۱) **عوائدالایام**، ملااحمد نراقی (چاپ ۱۲۴۵)، **قواعد فقه**، آیت‌الله سیدمحمد بجنوردی، و **قواعد فقه**، دکتر ابوالحسن محمدی مراجعه فرمائید.

۲. دکتر کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، اعمال حقوقی**، ص ۲۸۵ و ۲۸۶، سال ۱۳۷۴.

۳. امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ۱.

۴۶ـ غالب مکاتب و یا به عبارت بهتر، همهٔ آنها، دم از عدالت می‌زنند و هدف اصلی خود را «عدالت» و خصوصاً تأمین عدالت اجتماعی معرفی می‌کنند. مکاتب طرفدار فرد که اصالت را به آسایش و آزادی «فرد» می‌دهند، عدالت را بیشتر عدالت معاوضی یا مبادله‌ای توصیف می‌کنند. در مقابل مکاتب طرفدار «جامعه»، فرد و تکوین و تکامل شخصیت فرد را در بطن و متن اجتماع می‌دانند، و در خارج از جامعه، اصالتی برای «فرد» قائل نیستند. در این مکاتب عدالت بیشتر عدالت «توزیعی» است،[1] و مقصد مکاتب اجتماعی عمدتاً رشد و تکامل «جمع» است. آیا می‌توان براساس قاعده عدالت در میان دو نظر یادشده موضع دیگری اتخاذ کرد؟ برای پاسخ درست شاید بتوان گفت در کشاکش عقاید و مکاتب گوناگون، باید دید کدامین نظر از تراکم: «قدرت» یا «ثروت» و یا «معرفت» و اطلاعات پیشگیری می‌کند و تعادلی در بین «فرد» و «جامعه» به وجود می‌آورد؟ روشن است که با توجه به توضیحات گذشته و دقت در معانی و تعاریف «انصاف» و «عدالت» و ژرف‌نگری در نهاد «عدالت برتر» و جامع، هم فرد واقعیت غیرقابل تردید دارد، و هم جامعه دارای نوعی از وجود مستقل و واقعی است.[2] النهایه به گفته استاد شهید مطهری، جامعه دارای وجود «مرکب حقیقی» است، اما این ترکیب، ترکیبی فرهنگی، روحی و معنوی است، نه ترکیب جسمها و تن‌ها. روحها و فرهنگها در یکدیگر تأثیر و تأثر دارند، و روح یا ترکیب معنوی جدیدی پیدا می‌شود. همان تعبیری که در ترکیب «روح جمعی» یا «وجدان جمعی» تبلور می‌یابد.[3] پس به گفته یکی از پژوهشگران: «... **عدل قرآن**، همدوش توحید، رکن معاد، هدف تشریع نبوت، فلسفه زعامت و امامت، معیار کامل فرد، و مقیاس سلامت اجتماع است.»[4]

۴۷ـ گاه دعوایی در مرحلهٔ «بدوی» علیه شخصی اقامه می‌شود که در تاریخ تقدیم دادخواست آن شخص فوت کرده است، در این موارد محاکم قرار عدم استماع دعوا صادر می‌کنند. اما در این زمینه پرسشی مطرح می‌شود. سؤال این است که اگر دادگاه تجدیدنظر در مرحله رسیدگی پژوهشی، احراز نماید که در تاریخ ارائه دادخواست تجدیدنظر، تجدیدنظرخوانده فوت کرده است، آیا می‌توان در این مرحله هم قرار عدم استماع صادر کرد، یا اینکه دادرسی در

---

۱. کاتوزیان، همان، ص ۴۰ و بعد.
۲. استاد شهید مطهری، **عدل الهی**. (همان)
۳. مطهری، مرتضی، **جامعه و تاریخ**، ص ۵۰ و بعد.
۴. مرقاتی، سیدطه، جهان‌شمولی اسلام و جهانی‌سازی، مجموعه مقالات شانزدهمین کنفرانس بین‌المللی وحدت اسلامی، مقالهٔ تنگناهای حاکم بر جهانی شدن، سیدکاظم سیدباقری، ص ۵۶۳ و بعد، سال ۱۳۸۲.

این مرحله، با توجه به ملاک ماده ۱۰۵ قانون جدید آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹، تا معین شدن وراث تجدیدنظرخوانده متوقف می گردد؟ و...

در پاسخ به پرسش بالا، باید توجه داشت که آثار عدم استماع دعوای تجدیدنظر، با قرار عدم استماع دعوا، در مرحله بدوی قابل سنجش نیست. با صدور قرار عدم استماع تجدیدنظر، امکان تجدیدنظرخواهی مجدد، معمولاً به علت انقضاء مهلت، از بین می‌رود و... راه‌حل **عادلانه** صدور قرار توقیف دادرسی در مرحلهٔ تجدیدنظر است، نه صدور قرار عدم استماع دعوا. **قاعدهٔ عدالت**، بر این راه‌حل تأکید دارد.[1]

۴۸ـ در عصر جدید، حقوق خانواده، با تحولات گوناگونی رویاروی بوده است. تطوری که نیازمند بازنگری و دقت بیشتری است. در سیستم‌های حقوقی مختلف گذشته، ازجمله در فقه اسلامی، بنا به مصالح و مقتضیات زمانه، پدر و جد پدری، گاه می‌توانسته‌اند دختر نابالغ را تزویج کنند، اما عقیده پذیرفته شده هم این بوده است که، دختر پس از سن قانونی و رسیدن به سنین رشد و بلوغ، حق فسخ ازدواج را نداشته و ندارد.

آن گونه که یکی از پژوهشگران[2] پرتلاش نوشته است، سه مسئله عمده در این مقوله قابل بررسی و ژرف‌کاوی است. به خلاصه زیر:

۱ـ آیا براساس ادله، پدر و جد پدری چنین حقی را دارند؟

۲ـ مجوز اقدام آنها چیست؟ آیا رعایت غبطه و مصلحت کودک الزامی است، یا عدم مفسده کافی است؟

۳ـ آیا صغیر پس از نیل به سن بلوغ، حق فسخ عقد ازدواج را دارد یا نه؟

ولایت پدر و جد پدری در «نکاح صغیره»، فی‌الجمله و بنابه مصالحی در اختیار اولیای صغیره است. اما در مورد بند ۲، که دایرهٔ اختیار تا کجاست، نویسنده پس از ذکر دلایلی از جمله می‌نویسد: «تصرف در اموال طفل، باید با رعایت مصلحت باشد. پس به طریق اولی، تصرف در زندگی آینده کودک (و ازدواج او) باید با رعایت مصلحت باشد.»[3] و نه صرفاً برای «دفع مفسده.»

به همین علت نوشته‌اند: «ولایت اولیا امری عقلایی است، و عقلا مصلحت را عنصر

---

۱. شمس، دکتر عبدالله، **آئین دادرسی مدنی**، ج ۲، ص ۴۱۴.

۲. مهریزی، دکتر مهدی، **شخصیت و حقوق زن در اسلام**، ص ۳۸۷ و ۳۷۹، چاپ شرکت انتشارات علمی وفرهنگی، (چاپ اول) سال ۱۳۸۲.

۳. «و لاتقربوا مال الیتیم، اِلاّ بِالَّتی هِیَ اَحْسَنُ» (انعام / ۱۵۲)

اساسی می‌دانند. به تعبیر دیگر اختیار ولی، امری تعبدی نیست. بلکه قاعده‌ای عقلایی است که ادله شرعی نیز آن را تأیید و امضا می‌کند.»[1]

اما در مورد بند سوم که آیا «صغیره» پس از بلوغ و در صورت عدم رضایت حق فسخ عقد را دارد یا نه، باید گفت: «کودکان (دختر یا پسر)، پس از بلوغ حق خیار دارند و می‌توانند ازدواج را برهم زنند.»[2]

با توجه به تعارض روایات، و همچنین اگر نتوان به قاعدهٔ «لاضرر»[3] استناد کرد، قطعاً **عدالت** ایجاب می‌کند که صغار پس از بلوغ «حق فسخ» داشته باشند. اصل: «عدم ولایت انسان بر انسان» هم در این زمینه متبادر به ذهن می‌شود که جداگانه مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۴۹ـ در مسئله ریاست و سرپرستی مرد بر «خانواده» این سؤال مطرح می‌شود که عمق و پهنای این ریاست تا کجاست؟

قرآن از معاشرت به «معروف» در محیط خانواده به عنوان یک اصل قانونی و نه اخلاقی صرف یاد می‌کند. واژه معروف، ۳۸ مرتبه در قرآن کریم ذکر شده که ۱۹ مورد آن توصیه به مردان در باب معاشرت و رفتار با زنان است. نمی‌توان این همه تأکید را یک توصیه اخلاقی صرف به حساب آورد. خصوصاً در موارد زیادی با صیغه امر مذکور شده است: «**عاشروهُنَّ بالمعروف**.»[4] برخی در همین زمینه نوشته‌اند:

«عدالت یک اصل مسلّم عقلانی است. اگر حسن و قبح افعال عقلی است و قدر متیقّن آن عدل و ظلم است، نمی‌توان گفت عقل در شناخت این دو به مشکل بر می‌خورد. بنابراین جعل قوّامیت به گونه‌ای که به ظلم منتهی گردد، به طور قطع و یقین مطلوب قانونگذار نیست. و اگر اطلاقی ـ به فرض ـ در دلیل لفظی بود، با این قرینهٔ متّصل عقلی تقیید می‌شود. به تعبیر شهید مطهری(ره): اصل عدالت از مقیاسهای اسلام است که باید دید چه چیز بر او منطبق می‌شود و ...»[5]

۵۰ـ در مبحث نکاح، و طلاق قبل از نزدیکی، نصف مهر به زن پرداخت می‌شود، و اگر مرد پولی را که بر ذمّه داشته (مهریه) کلاً پرداخته باشد، نصف آن به شوهر بازپرداخت می‌شود.

---

۱. آیت الله مکارم شیرازی، ناصر، **انوار الفقاهه**، ج ۱، ص ۴۳۳ و ۴۳۴، قم موسسة الامام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱.
۲. مهریزی، مهدی، (همان)، ص ۳۸۶ و ۳۸۷.
۳. در نظر برخی از بزرگان، چون مرحوم میرزای نائینی: لاضرر اثبات حکم نمی‌کند.
۴. نساء / ۱۹.
۵. مهریزی، همان، ص ۲۶۰.

حال در صورتی که زن، شوهر را کاملاً بری کرده باشد، این سؤال مطرح شده است که آیا در این فرض هم پس از طلاق، زن باید نیمی از مهر را به شوهر بدهد؟ یا اساساً شوهر استحقاق دریافت مالی از این بابت ندارد، چرا که اساساً از بابت مهرّیه مقرر چیزی نپرداخته است!

برخی از فقها، این گونه استدلال کرده‌اند، که «ابراء» از سوی زن نوعی تصرّف است، و زن با ابراء ذمّه شوهر به هر تقدیر «مهر» را از میان برده است، و مسئله همانند موردی است که تمام مهر به زن پرداخت شده و زن آن را مثلاً هزینه کرده است.[1]

گروهی دیگر از فقهاء، شوهر را در چنین موردی مستحق نمی‌دانند، زیرا زن پس از عقد نکاح مالی به عنوان مهریه از شوهر نگرفته است و طلب خود، یعنی مهریه را هم به کسی منتقل نکرده است، تا انتقال طلب، نوعی اتلاف به‌حساب آید.[2] پس چگونه می‌توان زن را، که اصولاً در «مهر» تصرّف نکرده، ملزم ساخت که نصف مهریه را (که نگرفته است) به مرد بازگرداند!؟

یکی از حقوقدانان، در این زمینه می‌نویسد: «... ذوق سلیم و **انصاف** نیز چنین حکمی را نمی‌پذیرد، ... و ظاهر مادّه ۱۰۹۲، شامل این مورد نمی‌شود.» روشن است که در این نظر از «ذوق سلیم و انصاف»، همان عدالت برتر منظور است.

۵۱ـ اصلِ «عدم ولایت»[3]: در برابر عقیده به «جبر» یا «تفویض»، امامیّه با توجّه به آموزه‌های مکتب «اهل بیت» (ع) نظریه میانه یا «امربین الامرین» را پذیرفت که در عین اعتقاد به قدرت الهی، آزادی و اختیار انسان نیز تأمین می‌گردید.[4] شیعه در این عرصه، چون معتزله معتقد شد که انسان در حدود زیادی دارای اراده و اختیار است، و نقش بالایی در تکوین و ساختنِ سرنوشت خویش دارد. چیزی که «اشاعره» آن را نمی‌پذیرفتند.[5] همین عقیده به‌نحو زیبایی در اصل ۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پس از پیروزی انقلاب اسلامی چهره نمود:

«حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست، و هم او، انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است. هیچ‌کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند، یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاصّ قرار دهد، و ملّت این حق خداداد را از طرقی که در

---

۱. به **جواهر الکلام**، ج نکاح، و **مفاتیح الشرایع** فیض کاشانی، ج ۳، ص ۲۷۹ مراجعه شود.
۲. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، خانواده**، ج ۱، ص ۱۶۴ و ۱۶۵، شرکت انتشار، ۱۳۷۱.
۳. اصل: «عدم ولایةٍ احدٍ علی اَحَد.»
۴. «اینکه گویی این کنم یا آن کنم ـ خود دلیل اختیار است ای صنم»! (مثنوی مولوی)
۵. شهرستانی، محمد، **ملل و نحل**، ج ۱، ص ۹۰.

اصول بعد می‌آید اعمال می‌کند.»[۱]

بر این اساس فقهاء و دانشمندان علم کلام قاعده «**عدم ولایت افراد بر افراد**» را بر پایه اصل آزادی ارادهٔ انسان، صورت داده‌اند. اصلی که خود سرچشمه زایش اصول و فروع دیگر شده و عمق و غنای اندیشه سیاسی و فقهی و اجتماعی اسلام را به گونه‌ای بسیار درخشان نشان داده و موازین دیگری را پایه‌ریزی کرده است. فقهای نامداری، با تکیه بر همین اصل و پایهٔ استوار، در عرصه اجتهاد و استنباط احکام، پاسخ مسائل و «حوادث واقعه» را یافته و به «اجتهاد» «مستمر» جانی تازه بخشیده‌اند.

«فقیه پرآوازه، مرحوم کاشف‌الغطاء در مورد همین اصل می‌گوید: «**قاعدهٔ عقلی اوّلی این است که جز خداوند، هیچ انسانی بر انسان دیگر ولایت و سُلطه ندارد.**»[۲]

عقل نه فقط ولایت دیگری را نفی می‌کند، بلکه ولایت و حق تصمیم‌گیری هر انسانی را در سرنوشت و در کلیه شئون حیات و هستی خویش اثبات می‌نماید.[۳] بر این مبنا، دخالت دیگری در زندگی و شئون حیات «فرد» ظلم است، و ظلم هم عقلاً زشت و «قبیح» است، پس دخالت و ولایت بر دیگران خلاف عدالت و دادگری می‌باشد.[۴]

استاد لنگرودی، در آثار عمیق و عالمانه خود، بیش از دیگران به این اصل اصیل پرداخته و چون سایر موارد، فقه «اهل بیت» (ع) را از زیر غبار قرنها مظلومیت به سویی کشیده و در جای‌جای کتاب‌های پر سود و ثمربخش خویش بر اصل «عدم ولایت» تکیه و تأکید کرده است. حیفم آمد عین نوشته این فقیه و حقوقدان پرتلاش و متضلّع را نیاورم.

ایشان می‌نویسند:

«... بیرون از معاملات و مسئولیت مدنی هم **عدل** به‌عنوان منبع حقوقی مورد استناد قرار می‌گیرد. اینک یک نمونه آن را می‌آوریم:

الف ـ اصل عدم ولایت افراد جامعه بر یکدیگر... این اصل را تاکنون فقط در فقه امامیّه دیده‌ام. پایه این اصل، عدالت و مساوات است. برابر بودن انسانها با یکدیگر، بی‌نیاز از ارائه دلیل است. خروج از نابرابری و ترجیح انسانی بر انسان دیگر محتاج به دلیل است.

---

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۲. **کشف‌الغطاء**، ج ۱، ص ۳۷، و امام خمینی، **رسالة فی الاجتهاد و التقلید** (الرّسائل) ج ۲، ص ۱۰۰.

۳. منتظری، آیت‌الله حسینعلی، **دراسات** (همان)، ج ۱، ص ۲۷.

۴. امام خمینی، **الرسائل**، ج ۲، ص ۱۰۰ (همان)؛ آیهٔ ۶۴ سوره آل عمران، علی علیه‌السلام می‌فرماید: «لاتکنْ عبدَ غیرک لقد خلقک الله حرّاً» نهج‌البلاغه (نامه‌ها).

وقتی که دلیل بر ترجیح نباشد، اصل این است که همه با یکدیگر برابر و مساوی هستند، چون ولایت یک نفر بر دیگری، مستلزم تسلّط ولی بر مُوَلّی‌علیه است و این یک نابرابری به شمار می‌آید. طبق اصل مساوات و عدالت، ناگزیر باید، این ولایت بدون دلیل را نفی کرد. اصل این است که کسی بر دیگری ولایت ندارد. قدرت عمومی جامعه باید به وسیله همگان (اکثریت) اعمال شود. دموکراسی از همین اصل سرچشمه می‌گیرد. قواعد اسلامی با دموکراسی سازگار است. اگر در ازمنهٔ گذشته گروهی دست به تصاحب قدرت زده و به‌دموکراسی مجال نداده‌اند، برخلاف اصل عدم ولایت افراد جامعه بر یکدیگر عمل کرده‌اند. این یک نتیجه مربوط به حقوق عمومی است... اما در صفحات گذشته، از اصل عدم ولایت افراد جامعه بر یکدیگر نتیجهٔ مدنی (حقوقی خصوصی) گرفتیم، با این توضیح که در قانون مدنی یک رشته خیارات ذکر شده است که در مورد پاره‌ای از آنها به فوری بودن خیار، پس از آگاهی متضرّر از علّت خیار، تصریح شده است (مانند ماده ۴۱۵ ـ ۴۲۰ ـ ۴۳۵ ـ ۴۴۰، ق ـ م)، اما در پاره‌ای از خیارات، تصریح به فوری بودن، یا فوری نبودن آنها نشده است، مانند خیار تبعض صفقه (ماده ۴۴۱ ق م) و خیار تخلف شرط (مادّه ۴۴۴ ق ـ م)؛ در این موارد وقتی که زیان دیده آگاه شد که در معامله زیان کرده است، آیا باید فوراً نظر خود را راجع به فسخ یا عدم فسخ عقد، اظهار کند، یا دقت وسیع دارد و دچار فوریت نمی‌باشد؟

این مسئله ذهن حقوقدانان امامیّه را مشغول داشته است، و نتیجه گرفته‌اند که این خیارات فوریت ندارد. نتیجه مذکور از اصول عملیه به دست آمده است. اما به نظرم وقتی می‌توان از اصول عملیّه بهره گرفت، که دست ما از علم عادّی وظن خاص کوتاه بلشد. در بحث حاضر، دچار شک نیستیم؛ از اصل عدم ولایت افراد جامعه بر یکدیگر، که از **عدل** و مساوات، سرچشمه می‌گیرد می‌توانیم نتیجه بگیریم، که مثلاً خیار تخلف شرط نیز فوری است.

توضیح: حضور حق خیار در یک معامله موجب می‌شود که صاحب خیار، زمام معامله را هر لحظه، علیه طرف دیگر در چنگ داشته باشد و او را تهدید به فسخ عقد کند. این تسلط که صاحب خیار، از راه حق خیار پیدا کرده است، مصداق ولایت است، و چون اصل، عدم ولایت افراد جامعه بر یکدیگر است، باید این ولایت که به صورت حق خیار، تجلّی کرده است، به‌حداقل ممکن از نظر زمان، تنزّل داده شود. این تنزل دادن، همان، فوریت خیار است.»[1]

---

۱. **حقوق اسلام**، ص ۱۹۰ ـ ۱۸۶. به هر تقدیر، اصل همان اصل درخشان: «عدم ولایت...» است، مگر مواردی که براساس ادلّه شرعی و نصوص و روایات و دیگر قواعد عقلی، بر امر «ولایت» کسی بر دیگران تنصیص و تصریح شده باشد.

استاد لنگرودی همچنین نوشته‌اند:

۵۲ـ بر اساس اصل عدم ولایت، نتیجه مهم دیگری هم عاید می‌شود. آن نتیجه «شک در مقدار صلاحیت دادرس یا هر مجری و کارگزار قانون» است. در مقام شک، باید به مرز «قدر متیقّن صلاحیت» عقب نشست. مواد مربوط به صلاحیت را نمی‌توان تفسیر موسّع کرد. این یکی از آثار مهم اصل عدم ولایت افرد جامعه بر یکدیگر است، که ریشه آن در **عدل** و مساوات قرار دارد.[۱]

۵۳ ـ «اخلاق حَسَنه»: مادّه ۹۷۵ قانون مدنی می‌گوید: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی، و یا قراردادهای خصوصی را که **برخلاف اخلاق** حسنه بوده، و یا به‌واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه، یا به علّت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به‌موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.»[۲]

در حقیقت، قانون مدنی در این مادّه به گونه‌ای ضمنی و غیرصریح، به «عرف» ارجاع داده است. «اخلاق حسنه»، جز عرف نیکوکاران و در نهایت، «بنائات عقلایی» یا چیزی جز «مقتضیات عدالت» و انصاف نیست. به همین سان، زمانی که قانون از «**نرخ عادله**» یا «مهلت عادله» (مواد ۱۶۷ و ۲۷۷ ق م)، سخن می‌گوید، در واقع، قضاوت و داوری عرف را در مورد «عادلانه» بودن آنها می‌پذیرد. این پذیرفتن جز تأیید، و تأکیدی بر قاعدهٔ عدالت نیست.

۵۴ـ استاد مرعشی، در مبحث «ماهیّت حقوقی دیه»، در پاسخ به این سؤال که ماهیّت حقوقی دیه، نوعی مجازات است، یا صرفاً جبران ضرر و زیان؟ می‌گویند: دیه ماهیّت کیفر و مجازات ندارد، زیرا که اولاً دیه همواره در مقابل «ارش» قرار می‌گیرد و ارش برای جبران ضرر و زیان است. ثانیاً مجازاتهای اسلامی همیشه در برابر معصیت و گناه می‌باشند، و دیه در غالب موارد در مقابل فعل خطایی و یا شبه عمد قرار می‌گیرد. ثالثاً، عاقله که گاهی مسئول پرداخت «دیه» است، خواه خویشاوندان جانی باشند و یا امام (دولت)، معنی ندارد که مجازات شوند، و اگر دیه مجازات باشد، باید گفت؛ افراد بی‌گناه، از نظر فقه اسلامی قابلیّت تعقیب کیفری را دارند و این «**برخلاف عدالت و منطق عقل مستقیم و فکر سلیم**» است.[۳]

۵۵ ـ ایشان همچنین در مورد «دیه» و کافی بودن آن برای جبران خسارات وارده به

---

۱. همان.

۲. امامی، **حقوق مدنی**، به شرح ماده ۹۷۵ مراجعه شود.

۳. زنده‌یاد آیت‌الله مرعشی، سیدمحمدحسن، **دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام**، ص ۱۸۹.

مجنیٌ‌علیه، بر این نظرند:که اگر دیه برای جبران خسارت کافی نباشد وارد آورنده خسارت، براساس قاعدهٔ «لاضرر»، باید ضرر و زیان را جبران کند. ایشان اضافه می‌کنند: شارع مقدّس چگونه چیزی را که برای جبران زیانهای وارده کافی نیست، کافی اعلام کند!؟ آری اگر دیه یک‌حکم و فرمان تعبّدی بود: «خواه برای جبران خسارت کافی باشد و یا کافی نباشد، مانعی از اکتفاء به آن وجود نداشت، اما آیا چنین تعبّدی معقول است، و عقلاء آن را می‌پذیرند؟ یا آن را یک **ظلم** آشکار نسبت به مجنی علیه می‌دانند.»[1]

ج ـ محقّق نائینی و عدالت

علامه آیت‌الله شیخ محمدحسین نائینی (متوفّی ۱۳۵۵ ق)، یکی از ارکان عمدهٔ نهضت مشروطیت، و برجسته‌ترین مجتهد نظریّه‌پرداز مشروطه بر پایه آموزه‌های اسلامی است. کتاب عظیم **تنبیه الامّه و تنزیه الملّه** نائینی در حقیقت یکی از بزرگترین اسنادی است که پدیده «عدالت»، در اندیشه سیاسی اسلام، را در عصر خود به نمایش می‌گذارد. کتابی که در یک قرن گذشته همواره راهنما، «مرجع» و ملاک اندیشمندان مسلمان، و ملجأ و مستند اندیشه‌وران سیاسی و فقهی بوده است.

این کتاب توسط مراجع بزرگ زمان چون شیخ محمدکاظم خراسانی، صاحب **کفایه،** و شیخ عبدالله مازندرانی یکی از مراجع عصر خود، مورد تقریظ و تأیید قرار گرفته، و با تأیید و تقدیر مراجع زمان، و با توجه به عمق و غنای مطالب آن، به صورت یکی از اسناد ماندگار فقهی و سیاسی چهره نموده، و توسط یکی از مفسّران و مجتهدان، آیت‌الله سیدمحمود طالقانی، بازبینی، شرح و با مقدمه عالمانه ایشان به چاپ رسیده است.

به یقین اگر بگوئیم: تمام کتاب در تثبیت و تحکیم حقوق مردم و **تبیین عدالت** و تشریح زشتی و «**قبح ظلم**» و به فرموده ایشان در دفاع از حقوق غصب شده ملّت شکل گرفته، سخن گزافی نگفته‌ایم. استفاده از آیات و روایات و خطبه‌های نهج‌البلاغه و مفاهیم عمیق و سرشاری از «ادعیه» و اخبار معصومین (ع)، در عظمت «عدالت و احسان» و زشتی: «ظلم و عدوان» چنان با استادی و مهارت در کتاب مذکور به‌کار رفته و سامان گرفته است که در برخی موارد انصافاً شگفتی‌آفرین است و همین مهارت و فقاهت نویسنده **تنبیه‌الامّه و تنزیه الملّه** است که موجب ماندگاری و جاودانگی آن شده است.

---

۱. همو، ص ۱۹۲ و بعد.

این اثر سیاسی، فقهی، تاریخی و تفسیری، از یک مقدّمه و پنج فصل و یک پایانه، پدید آمده که حقیقتاً حیف بود در رساله‌ای که از قاعده «**عدالت**» سخن می‌رود، یادی از آن اثر سترگ و نویسنده نامدارش نرود و به برخی مطالب آن، اشاره نگردد. امید است کتاب مذکور با تفسیر و توضیح یکی از صاحب‌نظران در شکل و شمایل مقبول و گویایی چاپ گردد. باشدکه گوشه‌ای از عمق و پهنای حقانیت احکام و معارف اسلامی را، باز گوید. آن بزرگ در مقدمه کتاب می‌نویسد:

... کیفیّت استیلا و تصرف به دو نوع تملیکیّه و ولایتیّه تقسیم می‌شود:

«اول آنکه: مانند آحاد مالکینی نسبت به اموال شخصیّه خود، با مملکت و اهلش معامله فرماید. مملکت را به مافیها مال خود انگارد و اهلش را مانند عبید و اماء، بلکه اغنام و احشام، برای مراودات و درک شهواتش مسخّر و مخلوق پندارد. هر که را به این غرض وافی، و در مقام تحصیلش فانی دید مقّربش کند، و هر که را منافی یافت از مملکت، که ملک شخصی خودش پنداشته، تبعیدش نماید، و هر مالی را که خواهد از صاحبش انتزاع، و یا به چپاول‌چیان اطرافش بخشد، هر حقی را که خواهد احقاق، و اگر خواهد پایمالش کند،و در تمام مملکت به‌هر تصرّفی مختار، و خراج را هم از قبیل مال الاجاره، و حق‌الارض ملک شخصی خود، و برای استیفاء در مصالح و اغراض شخصّیه خود مصروف دارد... حتّی دست درازی به ناموس را هم اگر خواهد ترخیص، و بی‌ناموسی خود را تقدیس نماید و اعوانش مساعدتش کنند، و تمام قوای مملکت را قوای قهر و استیلا و شهوت و غضبش دانند، و بر طبق آن برانگیزانند، **لا یُسئلُ عَمّا یفعل، وهم یُسئلون!!؟**

این قسم سلطنت را چون دل بخواهانه... و بر طبق میل و ارادهٔ شخص سلطان است، لهذا تملیکیّه و استبدادیّه گویند، و استعبادیه، و اعتسافیه و تسلّطیه و تحکیمیه هم خوانند. این چنین سلطنت را حاکم مطلق، و مالک رقاب و **ظالم** و قهّار و امثال ذالک نامند. ملتی را که گرفتار چنین اسارت و مقهور به این ذلّت باشند، اُسراء و اَذلّاء و ارقّاء گویند، و هم به ملاحظه آنکه حالشان حال ایتام و صغاری است بی‌خبر از دارایی‌های مغصوبه خود، لهذا مستصغرین هم خوانند... این چنین ملّت **مظلومهٔ** جاهلهٔ به حقوق، و ظالمهٔ به نفس خود را مُستنبتین (که به‌معنی گیاه‌های صحرایی شناخته شدگان است) هم خوانند... با همه اصل این شجرهٔ خبیثه فقط همان بی‌علمی ملّت است، به وظایف سلطنت، و حقوق مشترکه نوعیه، و قوام آن به عدم مسئولیت در ارتکابات، و محاسبه و مراقبه در میانه نبودن است.

دوّم آنکه: مقام مالکیت و قاهریّت و فاعلیّت مایشاء و حاکمیت مایرید اصلاً در بین

نباشد، اساس سلطنت، فقط بر اقامه همان وظایف و مصالح نوعیّه... و تصرّفش به عدم تجاوز از آن حدّ، مقیّد و مشروط باشد و...

(در این قسم از سلطنت)، تمام افراد اهل مملکت، به اقتضای مشارکت و **مساواتشان** در قوا و حقوق، بر مؤاخذه و سؤال و اعتراض قادر و ایمن، در اظهار اعتراض خود آزاد، و طوق مسخریّت و مقهوریّت در تحت ارادت شخصیّه سلطان و سایر متصدیّان را در گردن نخواهند داشت، این قسم از سلطنت را، مقیّده و محدوده و **عادله** و مشروطه و مسئوله و دستوریه نامند... و قائم به چنین سلطنت را: حافظ، و حارس، و قائم به قسط و **مسئول و عادل** خوانند.»[1]

کلمات و جمله‌های این مرجع، و فقیه و اصولی بزرگ، هرچند تا حدودی ثقیل به نظر می‌آید، نیازی به توضیح و تشریح برای اهل فن ندارد. آنچه موجب ذکر این «نقل قول» طولانی گردید، نشان دادن حقیقت عدل، و بیان نظر اندیشور بزرگ مشروطیت، در توجه به عظمت عدالت و مساوات بود.

برای اهمیّت قاعده یا اصل عدل، مراجعه به کتاب ارجمند **«طبایع الاستبداد»** نوشته عبدالرحمن کواکبی، نیز توصیه می‌شود، کتابی که به تفصیل از پدیده‌هایی چون عدالت، ظلم و استبداد، در معارف اسلامی سخن می‌گوید، و آن‌گونه که گفته‌اند، علّامه نائینی، از کتاب مذکور نیز متأثر بوده است.[2]

د ـ مصادیق عدل در قلمرو زمان و مکان

در صفحات گذشته به این موضوع اشاره شد که هرچند مفهوم عدالت مطلق باشد، مصادیق «عدل و ظلم» همواره، و در زمانها و مکانهای مختلف متنوّع و دگرگون می‌شود. موارد و مصادیق، خصوصاً در زمان‌هایی که به امور اجتماعی، و نظام‌های اقتصادی و سیاسی مربوط

---

۱. نائینی، شیخ محمدحسین، **تنبیه‌الامه و تنزیه المله**، ص ۱۲ ـ ۹.

۲. کواکبی، عبدالرحمن (۱۲۷۱ ـ ۱۳۲۰ هـ. ق)، **طبایع الاستبداد**. این متفکر نامدار ایرانی‌الاصل بوده، و در حلب یکی از شهرهای سوریه دیده به جهان گشود. در سوریه رشد یافت. مدتی فعالیتهای مطبوعاتی داشته، به مخالفت با استبداد ترکان عثمانی شهره بوده است. سرانجام در اثر فشار ترکان عثمانی، سوریه را به قصد مصر ترک می‌کند و در همین کشور بدرود زندگی گفت. با رشیدرضا در مصر ارتباطات نزدیکی داشته است. کتاب **طبایع الاستبداد**، و **مصارع الاستبعاد**، با عنوان طبیعت استبداد، توسط عبدالحسین میرزای قاجار (قم، دفتر تبلیغات) به فارسی برگردانده شده است. برای اطلاع بیشتر به: **سیری در اندیشه سیاسی عرب**، مرحوم حمید عنایت مراجعه فرمایید.

می‌شود، تحوّل می‌یابد، و تعریف یا تعریفهای نوی پیدا می‌کند، و انسانهای هر جامعه، با توجه به جمیع اوضاع و شرایط مفهوم عدالت و مصادیق آن را از ستم و ظلم تشخیص داده و آن را در روابط و مناسبات خود حاکم می‌کنند.

روشن است که مسئله «بردگی» در گذشته، مفهومی جدای از معنا و مفهوم روزگار ما داشته است، وگرنه چگونه ممکن است فیلسوف بزرگی چون «ارسطو»[1] نظام بردگی و تبعیض را بپذیرد!؟ و همان‌گونه که دیدیم در آیین الهی اسلام، نه تنها روز به روز گستره نظام بردگی محدود و محدودتر می‌شود، بلکه آزاد کردن برده، به هر بهانه‌ای مصداق عدالت عصر می‌گردد و برای کفّاره هرگناه آزادی بردگان توصیه می‌شود. پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران هم مفاهیم جدیدی چون: انتخابات، تحزّب، تفکیک قوا، حقوق ملّت، ملّت، حق حاکمیّت ملّت، آزادی، آزادی اجتماعات، آزادی بیان و...[2] در قانون اساسی منزلت ویژه خود را پیدا می‌کند و مورد «امضاء» و تأیید و تصدیق «مراجع» مذهبی و خصوصاً مرجع اکبر، حضرت امام خمینی رضوان‌الله علیه قرار می‌گیرد، امضاء و تصدیقی که در عصر مرجعیت، آخوند خراسانی، ملاعبدالله مازندرانی، میرزای نائینی، سیدمحمدکاظم یزدی (صاحب کتاب گران‌سنگ عروةالوثقی)، نه فقط مورد طرد و مخالفت شدید امثال شیخ شهید (مرحوم شیخ فضل‌الله نوری)[3] و پیروان او قرار می‌گیرد، بلکه برای برخی دیگر نیز که صریحاً مخالفت نمی‌کنند، پذیرش این مفاهیم دشوار و مورد تردید و تأمّل است. بحث و مخالفت، گاه، حتّی در تدوین و تنظیم چیزی به نام قانون اساسی (دستوریّه)،[4] چنان اوج و موج می‌گیرد که، فقیه و اصولی کم‌نظیری چون نائینی، به استدلال فقهی و اصولی روی می‌آورد، بدین صورت که: «عدالت» و اجرای عدالت واجب است، نوشتن قانون اساسی مقدمه اجرای عدالت است، پس مقدّمه واجب، واجب است. در صفحات گذشته هم ملاحظه کردیم که گاه ناآگاهی‌ها، یا ضرورتهای زمانه خصوصاً فقهای عامّه را بر آن داشته که مُهر تأیید بر «حکومت و حاکمیّت تغلبیّه»[5] یا استیلا هم بزنند، و بر این واقعیت تلخ روزگار گردن نهند که، حتی اگر عنصر «فاسق» و مقتدر و ستمگری بر رهبری و حاکمیت دست یافت و آن را با قهر و غلبه نیز به چنگ آورد،

---

۱. کاپلستون، **تاریخ فلسفه**، ج ۱، انتشارات سروش، و **اخلاق نیکوماخوس**، ارسطو.

۲. قانون اساسی، فصل سوّم، از اصل ۱۹ و بعد.

۳. اصغری، سیدمحمد، **مظلومی بر بالای دار**، مقاله اوّل.

۴. نائینی، **تنبیه الامّه و تنزیه الملّه**.

۵. به بحث عدالت فقهی در همین رساله مراجعه فرمائید، نیز کتاب: **دراساتٌ فی ولایته الفقیه**.

اطاعت از او لازم است!!؟[۱]

در تعیین مصادیق عدالت و انصاف، علاوه بر احکامِ قطعی دینی، و افزون بر اخلاق، معنویت، عقل، خرد زمانه، عقل جمعی، عرفهای عُقلایی، وجدان، باید در واقعیّت‌های اجتماعی نیز ژرف‌نگری و دقّت و تأمّل لازم صورت گیرد. به گفته یکی از اندیشمندان باید: «ضرورتها، امکانات و قابلیّت‌های موجود در جامعه را مطالعه کنیم، و ببینیم آن مفاهیم کلّی و انتزاعی در رابطه با یک «وضعیّت معین و مشخصی» چه معنایی پیدا می‌کند. باید **«قابلیّت‌ها»** یعنی آنچه می‌تواند بشود، **«ضرورتها»** یعنی آنچه این شدنها را محدود می‌کند، **«واقعیّات»** یعنی آن چیزهایی که خودش را تحمیل می‌کند، **«امکانات»** یعنی آن چیزهایی که شما به وسیله آنها می‌توانید چیزهای دیگری را به وجود بیاورید مورد توجّه قرار گیرند، آنگاه گفته شود که وضعیّت حاضر مثلاً مصداق عدل است یا مصداق ظلم... زمان و مکان، در تعیین مصداق ظلم و عدل نقش بازی می‌کند و...» [۲]

بنابراین علاوه بر معنویّت و عقل و وجدان و حقایق و واقعیات فرهنگی و اعتقادی، واقعیّات اجتماعی، احساسها، رنجها، شادیها نیز در تعیین مفاهیم و مصادیق عدالت مؤثرند.[۳]

یکی از حقوقدانهای دانشمند نیز به نقل از «رنار، نویسنده فرانسوی و صاحب کتاب: **حقوق، منطق و ذوق سلیم** می‌گوید:

«مفهوم عدالت در وجدان هرکس نگاشته شده است. برای شناختن آن، هم در **ذات خود** و هم در **نفس دیگران**، و هم در **تاریخ** باید جستجو کرد. از این راه فکر عدالت نتیجه و محصولی از تکامل اجتماعی است. همچنان که فکر نویسنده در کتاب او نقش می‌بندد، **حقوق طبیعی** نیز در ضمیر انسان پدید می‌آید و...»[۴]

در تعریف نویسنده فرانسوی نیز، مفاهیم عدالت را، عقل و وجدان، فرهنگ، حقوق فطری و طبیعی، و تاریخ و زمان، مشخّص می‌کند و مصادیق آن را در زمانها و مکانهای مختلف باز می‌شناسد، و به اهل زمانه خود می‌شناساند.

توجّه عمیق به توضیحات بالا نشان می‌دهد که باب **«نهاد»** دوران‌ساز تفقّه و **«اجتهاد»**،[۵]

---

۱. ماوردی، ابوالحسن، **الاحکام السلطانیه والولایاتُ الدینیّه**، قم: مکتب الاعلام الاسلامی ۱۴۰۶، و همین رساله، بحث از عدالت فقهی و...

۲ و ۳. مجتهد شبستری، محمد، **ایمان و آزادی**، ص ۷۳ و ۷۴، چاپ چهارم، طرح نو، ۱۳۸۲.

۴. دکتر جوان، موسی، **مبانی حقوق**، ج ۱، ش ۱۱۵، ص ۱۹۰.

۵. «تطبیق متغیّرات، بر ثابتات»! نگاه کنید به: شهید مطهری، **اسلام و مقتضیات زمان**، ج ۱ و ۲.

باید در یافتن مصادیق **«عدل و ظلم»** هم همچنان مفتوح و باز باشد. آرمیدن در **«دثار»**[۱] فردیت و چشم و چهره بر واقعیّات زمانه بستن، و بر سرعت و شتاب **«حوادث واقعه»**[۲] بی‌اعتنابودن، و بدون حضور و شناخت قوانین تحوّل و تطور به تقلید صرف از گذشته بسنده کردن، و بر پرسشهای نو، پاسخهای کهنه گفتن، و نیازها و ضرورتهای زمانه را نادیده انگاشتن، در عمل، جز **«سدّ»**[۳] دوباره باب «اجتهاد» و بستن راههای گشوده «استنباط» نیست. برخی از نظرات حقوقی و فقهی در حقیقت نوعی «سدّ باب» است، مسدود کردن دری که خداوند آن را بر «عقل» و خرد انسان، باز گذاشته است. و یکی از رسالتهای عمده پیامبران (ص)، و ائمه (ع) و اولیاء به‌یقین، **به‌حرکت درآوردن، شوراندن، به هیجان وا داشتن، و منقلب** کردن دفینه‌ها و گنجینه‌های «عقول»، و اندیشه‌های بشری است.[۴]

هـ ـ در فراق عدل و انصاف

نگاه به اطراف و تاریخ نه چندان دور نشان می‌دهد که گاه به اصطلاح صاحب‌نظر در مسائل فقهی و حقوقی، به گونه‌ای با مسائل زمانهٔ خود برخورد می‌کند که نتیجهٔ نظر حقوقی یا فتوای او در واقع، «اعانت به ظلم» و کمک به ستم و ستمگر است، و موضع‌گیری عملی و نظری او در نهایت در جهت تقویت «استبداد» و جور است. تورّق در نوشته‌های: رسالهٔ **کشف المرادمن المشروطة و الاستبداد**،[۵] نوع این قبیل موضع‌گیری‌ها را نشان می‌دهد. نویسنده در سنجش مشروطه و استبداد با شریعت، به این نتیجه می‌رسد که «مشروطه» نسبت به استبداد، در درجه و مرتبه دورتری از شریعت قرار دارد. یعنی، «استبداد» و حکومت استبدادی، با شرع هماهنگ‌تر و نزدیک‌تر است. می‌نویسد: «سلطان و اجزای دیوان، یا سایر مسلمانان، در احکام قرآن و دین خاتم پیغمبران، متّفق و شرکت دارند، و خود را محکوم به حکم شرع می‌دانند، و در واجبات و محرّمات شرع، قولاً و اعتقاداً، افکاری ندارند و....» و در ادامه می‌افزاید: «مشروطه از اوّل وضع سلطنت گرفته تا آخر قوانین و جزئیّات، خلاف شرع انور است.»[۶]

---

۱. که فرمود: «یا ایها المدّثر، قم فَاَنذر..» قرآن کریم، سوره مدّثر!

۲. «فامّا الحوادث الواقعه، فارجعوا الِی رِواتِ احادیثنا»!

۳. یا به گفته مرحوم کاشف الغطاء «... غلق باب اجتهاد»، به کشف‌الغطاء، و این است آئین ما، رک.

۴. «لیثیروا... دفایَنَ العقول»!؟ نهج‌البلاغه امام علی‌بن ابیطالب.

۵. زرگری‌نژاد، غلام حسین، **رسائل مشروطیّت**، ص ۴۱۵ و بعد. (مجموعه مقالات) سال ۱۳۷۴، انتشارات کویر، تهران.

۶. همان، مقالهٔ «**کشف المرادِمن المشروطة والاستبداد**»، ص ۱۳۴، محمدحسین بن‌علی‌اکبر تبریزی.

نظراتی از این قماش، گاه در کتب فقهی هم دیده می‌شود. نوشته‌اند:

«... اگر فرد قدرتمندی، بناحق کارگری را زندانی کند، و مانع اشتغال او به کار ... گردد، آن فرد زورمند ظالم گناه کرده است، ولی ضامن (یعنی به لحاظ حکم وضعی) نمی‌باشد، و جایز نیست علیه او به پرداخت مبلغ محرومیّت از شغل حکم کرد. امّا اگر همین فرد قدرتمند، چهارپایی را غصب کند، ضامن منافع آن بوده، و باید منافع آن را گرچه از حیوان بهره نگرفته بپردازد و...»[1]

در صفحات گذشته، در همین زمینه، یعنی نظرات و آرایی که هرگز با عدالت و انصاف و مقتضیات، هماهنگی ندارد، نمونه‌ای ذکر شده نمونه دو استنباط از یک مادّه قانون مدنی! هرچند نظر حقوقدان ممکن است بیان «استنباط»اش از قانون مدنی باشد و نه نظر شخصی او. غرض مادّه ۹۴۵ قانون مذکور است که قبلاً دوگونه استنباط را ملاحظه فرمودید.

روشن است که نظر و فتوا اگر از مقتضیات زمان و مکان جدا شود، ممکن است منشأ ظلم و ستم نیز قرار گیرد، و این کجروی زمانی رخ می‌دهد که مقاصد اصلی دین فراموش می‌گردد، و همه آیات عزیز و عظیم قرآن، و روایات شگفت و عمیق اهل بیت (ع) در تأیید عدل و عقلانیت به کنار می‌رود و فردی عرصه دین را «تفرقه مجتمعات» می‌بیند، و نظم و انسجام و هدفداری به بوته نسیان سپرده می‌شود، و مثلاً هر غیرصالحی با استناد به نظر حقوقی یا فقهی فردی، به خود اجازه می‌دهد که فلان و بهمان «مهدورالدّم»اند و... و یا به غاصب حیوان پاسخ می‌دهد که: صاحب حیوان را بر تو حقّی نیست، زیرا تو در وقت تخلف و مخالفت، ضامن حیوان شدی و ضامن یک چیز، مالک منافع آن است، و بر مالک منافع اجرتی نیست.[2]

فتوای قاضی «ابویوسف» هم، از تبار همین نظراتی است که در آن، عدالت و دادگری مهجور افتاده است.

---

۱. رضائی، حسن (همان) ص ۷۸، به نقل از **جواهر**، ج ۳۷، ص ۳۹.

۲. در صحیحه ابی ولّاد آمده است که: حیوانی را از کسی اجاره کردم، مسافرتم به طول انجامید... خواستم پانزده درهم (برای هر روز یک درهم) به‌عنوان کرایه به صاحب حیوان بپردازم، امّا توافق نکرد، پیش ابوحنیفه رفتم و جریان را برای قضاوت مطرح کردم، ابوحنیفه فتوا داد که صاحب حیوان بر تو حقّی ندارد. چرا که پس از اتمام مدّت اجاره و ادامهٔ تصرف تو (بدون اجازه مالک) در مورد اجاره، تو ضامن حیوان شدی (و اینکه: الخراج بالضمان)، و حالا که ضامن حیوان شدی، نباید کرایه‌ای بدهی!!؟ ابوولّاد می گوید: به‌هرحال صاحب حیوان را راضی کردم، و همان سال به زیارت خانه کعبه آمدم و حضور حضرت امام صادق(ع) رسیدم و ماجرا را به ایشان گفتم. فرمود: «فی مثل هذا القضاء و مثله، تجسسُ السماء مائها، وتمنع الارض برکاتها.» (طوسی، محمدبن حسن، **تهذیب الاحکام**، ج ۷، ص ۲۵۶).

امام محمد غزالی می‌نویسد:

«... گفته‌اند قاضی ابویوسف، برای فرار از پرداخت زکات، در آخر سال مال خویش به همسر خود هبه می‌کرد، آنگاه پس از گذشت سال مالی از همسرش درخواست می‌کرد که مجدداً مال را به او ببخشد (مسترد کند). زمانی که داستان را برای ابوحنیفه گفتند، پاسخ داد: این از آگاهی (و زیرکی) اوست «ذالک مِنْ فِقههِ.» آری ابوحنیفه راست گفت: این همان فقه دنیایی است.»!؟[1]

سخن غزالی در فرجام **«حیلهٔ شرعی»** ابویوسف، و اشاره به «فقه‌الدنیا»، همان جدایی و دورافتادگی حقوق از اخلاق است. جدایی حقوق از اخلاق، جدایی دین از دنیا، جدایی اقتصاد و سیاست از ایمان اخلاقی، جدایی عقل از دین، یا عقل از نقل، جدایی هنر از مردم، و در نهایت جدایی آسمان از زمین و انسان از خدا، و لاجرم جدایی دین از «مقاصد» و مذهب از «اهداف» را به دنبال داشته، و این جدایی‌ها «فتوا» را هم از خاستگاه اصلی خود جدا می‌کند و به همان چاهی می‌اندازد که «شرع قاضی» همراه با فتوایش افتاد،[2] یا به قعر «ورطه» هولناکی که **«ابوموسی اشعری»**[3] سقوط کرد، و در فتوای ظالمانه و نابحق خود، به همان راحتی که انگشتر از انگشت برگرفت، علی مظهر عدل و دادگری را از خلافت خلع کرد،...[4] و شگفتا، چه فجایعی در تاریخ، با احکام و «فتوا»های حکّام جور و قضات ستمگر و مفتیان دربار خلفا رخ داده است، و چه رسوایی‌ها که در دور افتادگی **فتوا** از عدالت و انصاف، و حکم از «مقاصد» اصلی شریعت چهره گشوده است و...

و داستان غم‌انگیز «فدک» با فتوای بزرگان قوم، به بهانهٔ **«نحنُ معاشِرَالانبیاء لانُوَرِّث»**! و تنهایی و مظلومیت دختر و داماد پیامبر (ص) و سخن بلند علی (ع) خطاب به خلیفه اوّل که: اگر مسلمانان مدّعی **«حق»**ی باشند، تو از چه کسی «بیّنه» می‌خواهی؟ و پاسخ می‌شنود که از مسلمانان به عنوان «مدّعی»، آنگاه سخن ماندگار علی (ع) در عین مظلومیت و تنهایی که: پس چگونه در این دعوا، یعنی دعوای پرغوغای فدک، از ما که سالهاست

---

۱. «... حکی انّ ابایوسف کان یَهَبُ مالَهُ لِزوجته فی آخرالحول و یَسْتوهَب مالها لاسقاط الزکاة فحکی ذالک لابی حنیفة، فقال: ذالک مِنْ فقههِ، و صدق، فان ذالک مِنْ فقه الدنیا»! (فیض کاشانی مولا مُحسن، **محجة‌البیضا**» ج ۱، ص ۵۷).

۲. گفت: «لقد حقق و ثبت عندی، ان حسین بن علی بن ابی طالب، خَرَجَ الی امیرالمؤمنین، یزید بن معاویه، وجَبَ علی الناس قلعهُ و قمعه.»

۳. رسولی محلّاتی، **تاریخ اسلام**، نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۵ ش.

۴. ابن اثیر، **الکامل فی‌التاریخ**، بیروت، دارُ صادر، داربیروت ۱۳۸۵ ق.

متصرّفیم و دارای «ید»، بیّنه می‌خواهی!؟ و این استدلال که: **«اَتَحکُمُ فینا بخلاف حکم‌الله»؟** همان جملهٔ پرطنینی که در تاریخ ماند و ماندگار شد، و هم‌اکنون نیز در «حُجّیت» قاعدهٔ ید به آن استدلال می‌شود.[1]

و چنین است که میرزایِ بزرگ قمی می‌نویسد: «شکّی نیست که احتیاط همواره پسندیده و بخرد است، امّا بر پای داشتن معروف، **کمک به مظلوم**، محو مفاسد فردی و اجتماعی، اصلاح ذات‌البین، هم نیکو بلکه نیکوتر است، پس اگر تو به عنوان مجتهد، ادلّه حسن احتیاط را در نظر گرفتی، آیات و روایات اقامه معروف و اصلاح بین مردم، و نفی عسر و حرج، و زشتی تقطیع احکام شرع را هم رعایت کن.»[2]

و- برخی مصادیق عدل در روزگار جهانی شدن

همان‌سان که در موارد دیگری به این مقوله پرداخته‌ایم،[3] در **عصر جهانی شدن**[4] و در غوغای شتاب تحوّلات، که لاجرم برخی از آثار آن غیرقابل گریز و امتناع است، و ما چه‌بخواهیم و چه نخواهیم آن تأثیرها و تأثرها خود را تحمیل می‌کنند، بعضی مصادیق عدل و داد نیز در چنین تطوّر و تغییری، خود را بر ما و بر مناسبات ما تحمیل می‌کنند. صرف‌نظر از پدیده اجبار و **«تحمیل»**، باید به هر تقدیر و با هر تعریف، **«عدل زمانه»** و مصادیق آن را بشناسیم، و بپذیریم و در عمل و نظر و فتوا و صدور حکم و قضاوت و موضع‌گیری‌ها و برخوردها، آن مصادیق را اجرا و رعایت کنیم. بدیهی است که در تمامی این مراحل و ساحتها، باید مبانی و موازین و اهداف و «مقاصد» اصلی و اساس آیین الهی اسلام، با ژرف‌نگری، «نصب‌العین» و راهنمای نظر و عمل باشد. در رویارویی با مصادیق دادگری و «عدل زمانه» و در شناخت بموقع و اجرای آنها مراتب و موضوعات زیر قابل دقت و توجه است:

۱ـ نگاه به «مقاصد الشّریعه»

مقاصد و اهداف اصلی دین و شریعت را، بزرگانی چون غزالی و شاطبی در پنج مقصد

---

۱. دکتر محمدی، ابوالحسن، **قواعد فقه**، ص ۱۷۸، تهران، ۱۳۷۷.
«اتحکم فینا بخلاف حکم الله؟ قالَ لا، قال (ع) فان کان فی یدالمسلمینَ شیٔ یملکونه، اِدّعیتُ انافیه، مَنْ تَسئلُ البینة؟ قال ایاکَ کنتُ اَسئلُ البینة علی ما تدعی علی‌المسلمین، قال (ع) فاذا کانَ فی یدی شیٔ، فادّعی فیه المسلمون، تسئلُنی البینةَ علی ما فی یدی!؟»
۲. قمی، میرزاابوالقاسم، **قوانین الاصول**، ج ۱، ص ۴۴۶.
۳. اصغری، سیدمحمد، **عدالت و عقلانیت**، بخش نخست، فقه و جهانی شدن.
4. Globalization

عمده زیر خلاصه کرده‌اند: «حفظ جان، حفظ عقل، حفظ نسل (انساب) حفظ مال و حفظ دین»[1] بدون توجه به مقاصد و اهداف شریعت شناخت، و اجرای عدل دشوار می‌نماید.

۲ـ معلّق و مشروط برخورد نکردن

حقوقدان، قاضی، و مفتی، با توجه به‌سرعت و شتاب تحوّلات، نمی‌تواند به احتمالات اکتفا کند و مشروط سخن بگوید. تعیین تکلیف عملی و پاسخ به نیازهای روزمّره مردم، «مشروط» سخن گفتن را بر نمی‌تابد. در دایره مناسبات فردی و مدنی، خصوصاً در اعصار گذشته می‌توانستیم با «اما و اگر» یا با قید و شرط اظهارنظر کنیم، امّا سرعت سیر وقایع و مسائل جامعه، و جوامع پیچیده، دیگر نظر یا فتوای مشروط و معلق را نمی‌پذیرد.

۳ـ شناخت موضوع

این مطلب که شناخت «موضوع» وظیفه فقیه یا مجتهد یا حتی حقوقدان نیست، بلکه وظیفه اصلی آنها بیان «حکم یا فتوا»ست در برخی از موارد سخن حقّی است، امّا این نظر بدان معنی نیست که در همه موارد و مصادیق می‌توان بدون شناخت دقیق «موضوع»، به‌صدور حکم یا فتوا مبادرت کرد. پدیده‌های نوظهور و «مسائل مستحدثه»، خصوصاً در زمانه ما به‌گونه‌ای است که هرگز بدون شناخت دقیق آن مسائل، نمی‌توان، حکم یا فتوای **«عادلانه»** و همه جانبه داد؛ و همان‌طور که قبلاً، و از زبان استاد شهید مطهّری، اشاره رفت،[2] چگونه می‌توان بدون شناخت دقایق و ظرایف سیستم سرمایه‌داری، راجع به آثار و تبعات آن حکم صادر کرد؟ بنیاد این پدیده، با ماهیّت تجارت، مضاربه، مزارعه، مساقات و خرید برای فروش و کسب مقداری سود، متفاوت است، و زمانی که سرمایه یک شرکت «فراملّیتی»[3] و یا «چند ملّیتی»، از بودجهٔ خیلی از کشورها افزون‌تر، و یا دهها برابر بودجه برخی کشورهاست، و به گفته ماهاتیر محمد،[4] این شرکتها با یک حرکت اقتصادی ـ سیاسی، می‌توانند دولتی را سرنگون کنند، و ملت بزرگی را در چنگال قدرت اسیر، و در عرصهٔ بین‌المللی ورشکسته نمایند، شناخت چنین «موضوع» جهان‌مدار، و غول وحشتناک، لازم بلکه واجب می‌نماید. آیا در این مرحله هم می‌توان شناخت موضوع را به عهدهٔ «مکلّف» گذاشت!!؟ و آیا «فتوا»، بدون شناخت این دیو درنده و هزار چهره، می‌تواند عادلانه و همه‌جانبه باشد؟ و باز آیا بدون شناخت دقیق «موضوع»، می‌توان چهره‌ها

---

۱. غزالی، امام محمد، **المستصفی**، چاپ مصطفی محمد، مصر، ج ۱، ص ۱۴۰ و شاطبی، الموافقات، همان.

۲. **مبانی اقتصاد اسلامی** (همان)، استاد مطهری، همان.

3. Multimastional

۴. به بخش اول، **عدالت و عقلانیت** مراجعه فرمائید.

و جلوه‌های گوناگون آن را، با اهداف و مقاصد شریعت سنجید؟

۴ـ همگامی با عدالت

همان‌طور که برخی از مصادیق را زیر عنوان «در فراق عدل و انصاف» ملاحظه کردیم، فتوا یا نظر حقوقی باید خود را با «عدالت» قرین و هماهنگ کند، نه اینکه نظرات حقوقدان یا قاضی یا مفتی معیار تشخیص «حق و عدل» باشد! قرار داشتن نظر فقهی در مسیر عدالت، معیار درستی و قوّت فتواست، و به‌روشنی می‌توان دریافت که نظر دو فقیه: «نائینی و تبریزی»، کدام درجهت عدالت و کدامیک در جهت ستم و جهل است. از سوی دیگر تطبیق فتوا یا نظر حقوقی، با عدل و ظلم، و عادلانه یا ظالمانه بودن آن، دیگر با حقوقدان یا فقیه نیست؛ عرصه عمومی یا عقل جمعی، یا «اجماع» و «دکترین»، بهتر می‌تواند مصادیق را در جامعه و در مناسبات و روابط اجتماعی، شناسایی و معرّفی نماید.

۵ـ پاسخهای نو به پرسشهای نو

اگر به پرسشهای نو که، برآمده از نیازهای جدید است، پاسخهای کهنه و نامناسب بدهیم، قطعاً پاسخ ما در جایگاه و مکانت خود قرار نگرفته،[1] و این عدم رعایت «عدالت»، و ستم به حقیقت ناب و اصیل اسلام است. جرأت می‌توان گفت که «اجتهاد» درست و عادلانه هم جز این نیست، چرا که علت اصلی و اساس اجتهاد صحیح، پاسخ گفتن به سؤالات نو و واقعیات زمانه است،[2] و روشن است که نیازها و سؤالهای جدید، «اجتهاد» جدید را پدید می‌آورد، و می‌دانیم که فلسفه تقلید از مجتهد زنده هم، همین واقعیت است که مجتهد زنده، نیازها و واقعیات بطن و متن سؤال را می‌کاود و با عنایت به آن‌واقعیت‌ها به صدور فتوا دست می‌یازد. بدیهی است، ارائه پاسخ کهنه به نیاز یا پرسش نو، خود تقلید از گذشته است؛ تقلیدی که اساساً برای مجتهد جایز نیست. حاشیه نوشتن بر متون سیصد یا پانصد سال قبل، هرچند از نظر اخلاقی تواضع اندیشوران و بزرگان را می‌رساند، امّا اگر «حاشیه» صرفاً بر همان سؤال و پاسخ گذشته باشد، نمایشگر رکود و افول است.[3] نگاه به **تحریرالوسیلهٔ** حضرت امام (قدس‌سره) ـ گو اینکه حدود ۳۵ سال از تدوین و تنظیم آن می‌گذرد ـ در مقایسه با رساله‌های دیگر این تحوّل در بینش و نگرش را نشان می‌دهد. در کتاب **امر به معروف و نهی از منکر**

---

۱. «وضع الشئ، فی موضعه»، (**نهج البلاغه**).

۲. «ردّ الفروع، علی الاصول.»

۳. «ویلٌ لِمَنْ، ساوی یوماه»!

این تکان و تکاپو روشن‌تر و برجسته‌تر به چشم می‌خورد.[1] با توجه به مقدمات یاد شده، باید ببینم، پرسشهای جدید، و نیازهای نو چیست؟ شاید سؤالهای زیر نمونه‌ای از پرسشهای جدید عصر ما باشد:

۱ـ آیا بدون توجه به آراء و نظرات، و مصالح عمومی، می‌توان حکومتی عادلانه داشت؟ به عبارت دیگر آیا در عصر حاضر هم می‌توان اساس حکومت و حاکمیت را صرفاً آرای «اهل حل و عقد» دانست؟

۲ـ آیا بدون توجّه به «عرصه عمومی» و بدون اعتناء به آرای جمع، در همه موارد می‌توان مصادیق عدالت را معیّن کرد؟

۳ـ مصالح عامّه تا کجا، و چه مقدار می‌تواند آزادیهای فردی را محدود کند؟

۴ـ در تعارض حقوق «فرد» با «مصالح جامعه» کدام مقدّم است، و در این تعارض مصداق «عدالت عصر» چیست؟

۵ـ چرا حضرت امام (قدّس سرّه) فرمودند: «میزان، رأی ملّت است.»[2] در این عبارت کوتاه و ماندگار معیار و میزان **«عدالت»** رأی عموم شمرده شده است.

۶ـ با مقولهٔ «جهانی شدن»[3] یا «جهانی کردن»،[4] چگونه باید برخورد شود؟ به تعبیر دیگر، چه برخوردی با این «پدیده» یا «پروسه» مصداق عدالت است؟

۷ـ دین، و جهان‌شمولی دینی، چه نسبتی با «جهانی شدن» دارد یا می‌تواند داشته باشد. آیا نسبت بین این دو: «تباین» است، یا مثلاً نسبت «عام و خاص»؟[5]

۸ـ پدیده جهانی شدن چه تأثیر، یا تأثیرهایی، بر سیاست، اقتصاد، فرهنگ، اعتقاد و فقه و حقوق داشته یا خواهد داشت؟

۹ـ چگونه می‌توان وحدتی استوار، بین ملتهای مسلمان (امّت اسلام) پی‌ریزی کرد؟ و ارکان چنین وحدت استوار و پایداری چه عنصر یا عناصری می‌تواند باشد؟

۱۰ـ عمده‌ترین علل «انحطاط» و عقب‌ماندگی‌ها چیست؟

۱۱ـ علل اساسی و کارساز، استقلال ملتهای مسلمان چه ارکان یا عواملی می‌تواند باشد؟

---

۱. حضرت امام خمینی (قدس سرّه)، **تحریر الوسیله**.

۲. حضرت امام خمینی، **صحیفه نور**.

3. Globalization

4. Globalisme

۵. رشاد، **منطق**، ص ۲۰ و بعد.

۱۲ـ آیا «عقل و نقل» یا «عقل و دین» چه تعارض عمده‌ای داشته‌اند؟

۱۳ـ چه نقاط اشتراکی بین ادیان و فرهنگهای مختلف می‌توان یافت که تأثیر چشم‌گیر و نقش دوران‌سازی، در حیات و همزیستی مسالمت‌آمیز جهانی داشته باشد؟ آیا شناخت، و تأکید روی این نقاط اشتراک، می‌تواند مصداق **«عدل زمانه»** باشد!؟

۱۴ـ آیا می‌توان گفت: «مهار تورّم»، در جهت رفاه و آسایش اکثریّت مردم مصداق بارز عدالت در عصر حاضر است؟

۱۵ـ آیا توجّه به طبقات محروم، خصوصاً نسل جوان، و مسائلی مانند «ازدواج» و تأمین مسکن، و کاهش اجاره بهاء (مثلاً)، و کنترل قیمت‌ها، از مصادیق بارز عدالت هست یا نه!؟

۱۶ـ کاهش قدرت خرید اقشار ضعیف در اثر تورّم، و نرخ رشد ظالمانه قیمت‌ها، چه نقشی در عدم امنیّت و فروریختن کاخ رفیع عدالت دارد؟

۱۷ـ حداقل درآمد لازم، یا حداقل حقوق برای یک زندگی شرافتمندانه و نهایتاً عادلانه چه مقدار است؟

۱۸ـ مبارزه با تخریب «محیط زیست» و توجّه به مصالح نسلهای آینده، آیا یکی از مصادیق عدالت عصر نیست؟

۱۹ـ توزیع عادلانه قدرت با چه شیوه و روشی ممکن است؟

۲۰ـ چگونه باید حکومت کرد، که برترین و عالی‌ترین مصداق عدالت زمانه باشد؟

۲۱ـ آیا آزادی نقد و انتقاد سالم هم از مصادیق عدل روزگار محسوب می‌شود؟

۲۲ـ آیا نقض و شکستن حاکمیت ملّی کشورها مصداق ظلم نیست؟[1] (زمانی که به‌عنوان سفیر در صوفیا انجام وظیفه می‌کردم، معروف بود که در مدّت یک ماه، نزدیک به هفتصد هزار تن بمب بر سر مردم کوزوو ریخته شد!)

۲۳ـ مکاتب طرفدار «فرد» بیشتر بر عدالت معاوضی و مبادله‌ای تکیه می‌کنند و «فرد» را اصیل می‌دانند؛ برعکس مکاتب طرفدار جامعه بر عدالت توزیعی و اصالت «اجتماع» تأکید کرده و فرد خارج از «جامعه» را غیراصیل می‌شمارند؛ برخی از مکاتب و ادیان چون اسلام، هم فرد و هم جامعه، هر دو را از دیدگاه مختلفی «اصیل» و دارای اعتبار می‌دانند. عدالت عصر برکدام اندیشه استقرار می‌یابد؟ و اعتدال کدامیک از سه نظر را تأیید می‌کند؟[2] و ...

---

۱. بی‌خانمانی میلیونها انسان و نهب و غارت خانواده‌ها در افغانستان، عراق، فلسطین و ... قابل مطالعه است.

۲. شهید مطهّری، مرتضی، **جامعه و تاریخ**، ص ۳۰ و بعد، دفتر انتشارات اسلامی، بی‌تا.

سؤالهای یادشده، گوشه‌ای از نیازهای نو و در نهایت روایاتی از مصادیق عدل زمانه را نشان می‌دهد که با توجه به این مصادیق می‌توان گفت در عصر حاضر: «عدالت عبارت است از تأمین حقوق انسانی، اساسی، سیاسی، اقتصادی، امنیّتی و حداقلی از حقوق مالی که زندگی شرافتمندانه‌ای را بنیان نهد.»

با چنین تعریفی، شاید بتوان گفت که: حق صاحب حق به او داده شده، و حداقلی از زندگی «شرافتمندانه» که درخور شأن «خلیفة اللهی» انسان است و با این زمینه می‌تواند مدارج تکامل و سعادت را بپیماید، در دسترس او قرار گرفته است. با توضیحات مختصری که ارائه شد، می‌توان پرسید که: آیا نظام اقتصادی یا سیاسی حاکم بر جهان امروز عادلانه است یا نه؟ آیا توزیع قدرت جهانی بر مبانی عدالت استوار است؟ اگر با دروغ و تهمت و افترا و ترفند، و قدرت اطّلاعاتی و تبلیغاتی نادرست بتوان بر جانها و وجدانها حاکم شد، و فضایی سرشار از حیله و نیرنگ و نفاق را سامان و سازمان داد، جامعه کشوری، یا جهانی می‌تواند دارای نظم و نظامی عادل به حساب آید و ...؟ و چنین است که شیعه نه «مستقر» که همواره «منتظر» است، و منتظر عبارت اُخرای منتقد و «معترض»!!؟ به وضع حاکم[1] به‌حساب می‌آید.

ز ـ عدالت منضبط (عدل سامان‌مند)

برخی از اساتید، برای منضبط، یا سامان‌مند کردن عدالت حقوقی، پس از ذکر توضیحاتی، نوشته‌اند:

«شارحان و مفسّران قوانین موضوعه هم بنیاد عدل را در محتوای قانونها جستجو می‌کنند، و براساس یافته خودشان (درست یا نادرست)، مدلول قانون را مورد تفسیر قرار می‌دهند، و یا در موارد سکوت، یا تعارض، یا اجمال قانون،[2] اظهارنظر می‌کنند. ولی باید دانست که تا وقتی که اصول و ضوابط حقوقی، قادر به حلّ مجهول باشد، نوبت به استناد به‌عدل نمی‌رسد، زیرا مفروض این است که عدل در همان اصول و ضوابط حقوقی تجلّی کرده است. در ماورای اصول و ضوابط مسلّم حقوقی، به جستجوی عدالت پرداختن، نوعی خودکامگی

---

۱. و چه پر پهناست این عبارت: «اللهم انا نرغب الیک فی دولةٍ کریمةٍ تُعِزُّبها الاسلامُ و اهله، و تذّل بها النفاق و اهله»!

۲. اجمال در صورتی رخ می‌نماید که مثلاً یک واژه دارای چند معنی باشد. مانند واژهٔ «غَرَر» در: «نهی النّبی (ص) عَنِ الغرر»!

حقوقی است، و خالی از دماگوژی نیست.»[1]

روشن است که سخن «استاد»، برای ضابطه‌مند کردن قاعدهٔ **«عدالت»** است که البتّه کوششی است از سر دردمندی و رعایت احتیاط، امّا این حقیقت را هم باید افزود که عدالت، تنها یک معیار و میزان و صرفاً یک «قاعده» چون سایر قواعد فقهی نیست، همان‌طور که در توضیحات گذشته دیدیم، عدالت هم «مبنا» است.هم **«میزان و قاعده»** است و هم **«هدف»!** پس زمانی که فقیه یا حقوقدان با متن یا متونی رویاروی است که اجرای آن با «عدالت زمانه» نمی‌سازد، بلکه اجرای به اصطلاح «مُرّ» قانون منتهی به «ظلم» می‌شود،[2] و وجدان را می‌آزارد، به هر تقدیر با نرمشها و راههای گوناگون از اجرای قانون می‌گریزد. بحث از «انصاف» یا عدالت برتر، و نگاه دوباره به مثالها، این واقعیّت را روشن می‌کند.

واقعیّت این است که هر حکمی و هر قانونی و هر تصمیمی باید با عدالت سنجیده شود و نهایتاً بر «عدل و انصاف» عرضه گردد؛ وگرنه در گردونه زمان، و در گریوه‌های زندگی و واقعیّات روزگار عقب می‌ماند و از پای می‌افتد. روشن است که منظور از این بیان، واقعیّات دروغین و زودگذر که یا تحمیلی‌اند و یا در نتیجه انحراف افکار و وجدانها، یا به خاطر منافع گروههای خاص، و یا در اثر تبلیغات عدّه‌ای سودجو شکل گرفته‌اند نیست. به تعبیر دیگر «واقعیات دروغین» و زودگذر در حقیقت «واقعیّات» نیستند، وگرنه وقایع معقول و ضروری، خواهی‌نخواهی، بر جوامع سایه می‌گسترند و به گفته فیلسوف و فقیه نامدار، علّامه طباطبایی،[3] هرگز نمی‌توان از سلطهٔ آنها تن رها کرد، و باز با توجه به همین قبیل دلایل است، که امروز ملّتها، دیگر از عدل فرد **«حاکم»** کمتر سخن می‌گویند، بلکه آنچه بیشتر مورد بحث و نقد است، **«نظام عادلانه»** و نوع حکومت و سیستم عادلانه است. به یاد دارم که در یکی از جلسات درس «قواعد فقه» از آیت‌الله بجنوردی[4] شنیدم که به نقل از حضرت امام (قدس سرّه) می‌گفت (نقل به مضمون): در مورد مجازات سنگسار فرمودند، اگر موجب وهن اسلام است، می‌توان به‌مجازات دیگری که با «زمان و مکان» مناسبت دارد، چنگ زد! این تفکّر همان هدفداری، و توجّه به «مقاصد الشریعه» است،

---

۱. جعفری لنگرودی، **عناصرشناسی**، ص ۴۲۱؛ مجموعه‌ای از اعمال و شعارهایی که هدف سیاسی ویژه‌ای را دنبال می‌کند، و هدف اصلی آن اغفال جمع برای رسیدن به منافع فردی یا گروهی است(همان، ص ۳۳۳).

۲. به همین دلیل است که فقهای اسلام، دخالت سفیه در اموال خود را ـ مثلاً از طریق وصیّت، یعنی وصیّتی که صرف مال در امور خیریّه و عام‌المنفعه است ـ غیرنافذ نمی‌دانند.

۳. به بخش «بناء عقلا»، کتاب **عدالت و عقلانیت** مراجعه فرمایید.

۴. استاد، آیت‌الله سیدمحمد بجنوردی؛ گویا در مصاحبه‌ای نیز این مسئله مطرح شده است.

و در همین جهت است که فرموده‌اند، برخی مجازاتها را در «میدان جنگ»، یا در جامعه و کشور غیرمسلمان نباید اعمال و اجرا کرد. اگر اقدامی واقعاً موجب «وهن» اساس آئین، و کلیّت مذهب شود، ضرر آن عمل بیش از نفع آن است. چیزی که «عقل قطعی» آن را مردود و محکوم می‌داند.

«سِتر» گناه، که در روایات آنهمه مورد تکیه و تأکید قرار گرفته، و به صد زبان از آن نهی شده، با لحاظ و رعایت «مقاصد الشریعه» است، وگرنه قبح جرم و جنایت و گناه فرو می‌ریزد، و حریم حرمت اجتماع شکسته، و نهایتاً نظم و انسجام جامعه گسسته می‌شود، و چه ظلم یا گناهی برتر و بالاتر از بی‌نظمی و هرج و مرج!

در اینجا بحث از قاعده عدالت را که «ام القواعد» است، کوتاه می‌کنیم؛ هرچند سخن از اصل اصیل عدالت و انصاف، قصّه‌ای دراز دارد و میدان کنکاش و تکاپو در آن بسیار گسترده و عمیق است. میدانی که عرصه پرواز دانشمندان و فقهای صاحب‌نظر و صاحب صلاحیت است. امید که این باب همچنان مفتوح بماند. به عنوان حُسن ختام بحث قاعدهٔ «عدالت»، نظر یکی دیگر از فقهای فیلسوف را بخوانیم که دقّت در زوایای کلام ایشان در مجموع مویّد تمسّک به عدالت، به مثابه «قاعده» است. فرموده‌اند:

«خداوند هدف و غایت دین را، به صورت هدف میانی و نهایی تبیین کرده است، تا در پرتو تحقق این هدف، سعادت دنیا و آخرت تأمین شود. خدای سبحان در بیان هدف میانی فرمود: (**لقد ارسلنا رسلنا بالبیّنات، و انزلنا معهم الکتابَ و المیزان، لیقُومَ الناسُ بالقسط**)، [۱] ... پس توده مردم به قسط و عدل قیام می‌کنند، و قیام و قعود و همهٔ فعالیتهای فردی و اجتماعی آنها (باید) براساس قسط و عدل باشد، نه تنها اندیشه و حرکات افراد براساس قسط و عدل باشد، بلکه جامعه نیز باید براساس قسط و عدل بیندیشد و حرکت کند.

خداوند در بیان هدف نهایی دین فرمود: «**کتابٌ انزلناهُ الیک، لتخرج النّاس** [۲] **مِنَ الظلمات اِلی النور باذن ربهم الی صراط العزیز الحمید**»، [۳] قرآن کتابی است که بر تو نازل

۱. حدید/۲۵.

۲. ابراهیم / ۱.

۳. سخن آن سرباز را تداعی می‌کند. فرمانده لشگر ساسانی، از او پرسید برای چه آمده‌اید، (چه می‌خواهید)؟ گفت: «لِنُخرجَ العباد، مِن عبادة العباد، اِلی عبادة‌الله، و مِنْ ضیق الدنیا، الی سَعِتها، و مِن جور الادیان، اِلی عدل الاسلام»!؟ آمده‌ایم تا بندگان(!) را از بندگی و بردگی بندگان خارج کنیم، و به بندگی خداوند رهنمون شویم، و از تیرگی‌ها و دشواری‌ها و تنگ‌نظری‌های دنیا، به آزادی و سعه صدر و پرواز در فضاها و گستره‌های پرپهنا و عمیق راهنمایی کنیم، و از ستم **دین‌ها** (واژه ادیان، در صیغه جمع قابل تأمّل ژرف است، چرا که دین همانا اسلام است)، به فراخنای عدالت و دادگری اسلام درآوریم. انصافاً که تربیت چه می‌کند، و چه می‌آموزد، و اندیشه را تا کجاها می‌برد. ترکیب: «**جورُالادیان**» چه پرپهناست!؟

کردیم، تا مردم را از تاریکی‌ها به سوی روشنایی، به اذن پروردگارشان، درآوری، به سوی راه خداوند عزیز حمید... انسان نه تنها باید در مقام فعل اهل قسط و عدل باشد، بلکه باید در مقام یافته‌های قلبی و عقلی نیز اهل معرفت و شهود، و نورانی شود.

نورانی شدن انسان در مرحله فعل به شکل قسط و عدل تجلّی می‌کند، و در مرحله قلب به صورت شهود کامل و درک صحیح محقق می‌شود.»[1] براستی که جامعه، و نظام عادل، جامعه نور است، و «جمع» خالی از عدل و فاقد دادگری، جمع بی‌فروغ، یا جامعهٔ بی‌هدف و بور است.

---

۱. آیت‌الله جوادی آملی، **دین‌شناسی**، ص ۳۰ و ۳۱، مرکز نشر اسراء، ۱۳۸۱.

بخش سوم

قاعدهٔ «لاضَرَر» و «لاضرار»

«الاصلُ عِصْمةُ الانسان عَنِ الاضرار به و
ایلامه»

علّامه شاطبی، موافقات

طرح مسئله

قاعدهٔ «لاضرر و لاضرار»، یکی از مشهورترین و بنیادی‌ترین قواعد حقوق اسلامی است. قاعدهٔ عدالت که در بخش قبل مورد بررسی قرار گرفت، در بسیاری موارد از بستر قاعدهٔ لاضرر تحقق می‌یابد. به تعبیر دیگر قاعده لاضرر مسیر تحقق عدل و عقل و انصاف است. نیز می‌توان گفت مبنای عمده این قاعده، عدالت است، و «لاضرر» وسیله و طریق اجرای عدالت می‌باشد، و شاید به همین دلیل قاعدهٔ لاضرر بر سایر ادلّه اعم از نصّ و اجماع و غیره «مقدّم» است، یا بر کلیّت و عمومیّت و اطلاق ادله «حکومت» دارد. پایه دیگر این حاکمیّت و تقدّم این است که احکام شرع مبین بر مدار «مصالح و مفاسد» دور می‌زند، و در واقع مفسده همان ضرر، یا ضرر هم مفسده است. بر این مبنا هر حکمی که مستلزم ضرر باشد، گونه‌ای از مفسده است و اسلام مفسده را منفی و مردود می‌داند. به تعبیر دیگر، تشریع که بر محور عدالت و مصلحت می‌چرخد از ضرر و ضرار به آدمیان کراهت دارد.[1]

دانشوران نامدار دانش فقه و اصول چون: علّامه نراقی، شیخ انصاری، آخوند خراسانی، میرزای نائینی، شریعت اصفهانی، و همچنین امام خمینی(قدّس سرّهم)، و نیز بعضی از اساتید حقوق و فقه مانند استاد جعفری لنگرودی و دیگران، قاعده لاضرر را مورد بحث و کنکاش قرار داده، و نکته‌های ظریف و عمیقی را در این عرصه مطرح کرده‌اند.

این «قاعده» دارای ویژگی‌های برجسته و درخشنده‌ای است که در بین سایر قواعد آن

---

۱. «الشرعُ مُعَلّلٌ بالمصالح»!(شرایع الاسلام).

را ممتاز می‌کند. برخی از این خصوصیات عبارتند از:

۱ـ قاعدهٔ لاضرر، چون قاعدهٔ عدالت و لاحرج، یکی از عوامل سرمدیّت و جاودانگی نظام حقوقی اسلام است. توضیح اینکه «ضرر» و مصادیق گوناگون آن یک مفهوم عرفی است، و تغییر و تحوّل در نهاد «عُرف»، و نهایتاً در مصادیق ضرر، نظام فقه اسلامی را همگام با تحوّل در بستر «زمان و مکان» به پیش می‌راند، و «ثبات» یا موارد ثابت در حقوق دینی را با نیازها و ضرورتها آشتی می‌دهد، و در میدانهای آزاد حقوقی، یا به گفته محقق اصفهانی،[1] در موارد «خلّو موضوع از حکم شرعی»، یا به لسان مرحوم نائینی و شهید سیدمحمدباقر صدر،[۲و۳] در عرصه‌های «منطقة الفراغ» یا «منطقة العفو»، و یا «مالا نصَّ فیه»، که گستره پهناوری نیز دارد، و مسائل «مستحدث» و نوظهوری را پوشش می‌دهد، ایفاء نقش می‌کند. در این میدانها به یاری قواعدی چون عدالت، لاضرر و لاحرج می‌توان وارد معرکه شد، و پرسشهای متنوع عصری را پاسخ گفت. به گفته یکی از اساتید: «یک قلم در تعزیرات که از میدانهای آزاد حقوقی است»[۴] از همین قاعده (لاضرر) استفاده شده است.

۲ـ قاعده لاضرر، مانند نگهبانی هشیار و ناظری بیدار، در کنار هر حکم یا دستور شرعی و قانونی ایستاده است،[5] تا از ورود ستم و نابرابری جلوگیری کند. قاعده عدالت و لاضرر، جان‌مایه احکام و روح قوانین و مقررات است. روحی که روی به سوی اهداف و «مقاصد الشریعه» دارد، و نیل به هدفهای میانی و پایانی را مدّ توجه خویش قرار داده است. قوانین و احکام شکل و فرم منطقی و معقول و عادلانه و هدفمند خود را، با لاضرر تأمین می‌کنند. همان طور که خواهیم دید: **«لاضرر و لاضرار»** از آغاز و همواره در کنار **«الناسُ مسلطون**

---

۱. اصفهانی، محمدحسین، **نهایة الدرایه**، ج ۲، ص ۴۹۶ و بعد.

۲. نائینی، محمدحسین، **تنبیه الامّة و تنزیه الملّه**، ص ۷۳ و بعد.

۳. شهید صدر، سیّد محمدباقر، **اقتصادنا**، ص ۴۰۰ و بعد: در اینکه در «منطقة الفراغ» کدام مرجع، صلاحیت قانونگذاری دارد، در دو اثر گرانبار خود، دو نظر متفاوت داده است. در اقتصادنا، مرجع را ولی امر مسلمین معرّفی می‌کند، امّا در کتاب: **الاسلام یقود الحیاة** معتقد است، قوه مقننه و نمایندگان مردم، قوانین لازم را، با توجه به مصالح امت تصویب می‌کنند (المدرسةُ الاسلامیه، رسائلنا، ص ۱۹).

۴. استاد لنگرودی، دایرة المعارف علوم اسلامی، ج ۳، ص ۱۴۶۷.

۵. استاد مطهّری: «یکی دیگر از جهاتی که به این دین خاصیّت تحرّک و انطباق بخشیده، و آن را زنده و جاوید نگه می‌دارد این است که یک سلسله قواعد و قوانین در خود این دین وضع شد، که کار آنها کنترل و تعدیل قوانین دیگر است. فقهاء این قواعد را «قواعد حاکمه» می‌نامند. مانند قاعده لاحرج و قاعده لاضرر که بر سراسر فقه حکومت می‌کنند. کار این سلسله قواعد کنترل و تعدیل قوانین دیگر است. در حقیقت اسلام برای این قاعده‌ها، حق «وتو» قائل شده است.» (**نظام حقوق زن در اسلام**، ص ۱۰۳ و ۱۰۴)

علی اموالهم» قرار دارد و با کوچکترین سوءاستفاده صاحب حق از «حق»، لاضرر وارد شده و مرزهای آزادی «فرد» را در برابر مصالح دیگران و مصالح جمع، مشخص می‌کند، و انصافاً این نقش که این قبیل قواعد، بازی می‌کنند، باید یکی از افتخارات نظام حقوقی اسلام تلقّی و معرّفی شود. نظریّه سوءاستفاده از حق، شاید بیش از یک قرن، یا یک قرن و اندی، در حقوق غربی سابقه ندارد، امّا در فقه اسلامی، حتّی از عصر رسول‌الله(ص)، و توسط ایشان، به این قاعده و به این دستور عقلی و شرعی توجه شده، و با تمسّک به آن معضلات فقهی و حقوقی فراوانی گشوده شده‌اند.

۳ـ با توجّه به توضیحات مذکور، روشن است که قاعدهٔ لاضرر، از قواعد و قوانین آمره است. به اصطلاح، «حکم» است، نه «حق.» به عبارت حقوقدانها، از قوانین «امری» است، و نه در زمرهٔ قوانین تکمیلی (عزیمت است، نه رخصت). بنابراین توافق بر ضرر امکان ندارد، نه‌تنها «تراضی» بر ضرر ممکن نیست، که شخص حتی حق ندارد بر خود نیز ضرر وارد کند(م۱۰۸۷ قانون مدنی). این ویژگی در سایر قواعد فقهی مانند: «غَرَر» هم خودنمایی می‌کند. یعنی بر قرارداد و معامله غرری، و معامله‌ای که خطر و ریسک در آن هست نمی‌توان توافق کرد، و معامله غرری در هر حال باطل است. مرحوم محقق حلّی می‌گوید:

«هر گاه شریک از وقوع بیع آگاه شود و اخذ به شفعه کند، اگر از مقدار ثمن آگاه نباشد، معامله صحیح نیست.»[۱]

۴ـ قاعدهٔ لاضرر در عین حال از «مستقّلات عقلیّه» بوده و به نحوی در شمار حقوق «فطری» یا طبیعی هم هست. بنابراین آنچه در قرآن کریم، یا در روایات معصومین(ع)، در تأیید این قاعده ذکر و بیان می‌گردد، جز «ارشاد» و تأکیدی بیش نیست (**الاحکام الشرعیّه، الطافٌ لِلاحکام العقلیّه**). بر همین پایه است که شهید مطهّری می‌فرماید:

«لاضرر، ارجاع به حقوق فطری است. یعنی کسی حق ندارد، حق فطری دیگری را سلب کند، و یا (به حقوق فطری دیگری) تضییق وارد آورد، نظیر تضییقی که سمره بر آن مرد انصاری وارد آورد.»[۲]

پس عقل قطعی (یا عقل مستقل) هم بر قاعده لاضرر تأکید دارد.[۳]

---

۱. محقق حلّی، **شرایع الاسلام**، کتاب شفعه، مقصد سوّم، مسئله دوّم.

۲. شهید مطهّری، **بررسی اجمالی مبانی اقتصاد اسلامی**، ص ۲۳۱، (انتشارات حکمت، چاپ اول، ۱۴۰۳ق)

۳. در همین زمینه به کتاب ارجمند **عناوین** سیّد مراغی مراجعه شود. نیز گفته‌اند عقل مؤیّد قاعدهٔ لاضرر است و تشریع ضرر در شأن هیچ قانونگذاری، نه در مرحله قانونگذاری و نه در مرحله اجرای قانون نیست.

۵ ـ در بحث پیرامون قاعده عدالت، و لاضرر و امثال این قواعد، در حقیقت بحث و بررسی از فلسفه فقه، یا فلسفه حقوق است. بررسی فقط پیرامون یک قاعده فقهی نیست، چرا که این قواعد نه فقط میزان و قاعده و معیارند، که در عین حال از جمله «مبانی» حقوق هم به‌شمار می‌روند. در مبانی یا اهداف حقوق، بحث از : چرایی اطاعت از قوانین، و نیز بحث از این است که اصالت با «فرد» است، یا «جامعه» و یا هر دو؟ قاعدهٔ لاضرر، از عادلانه بودن احکام و قوانین، و نیز از «هدف»ها: که فرد هدف است، یا جامعه؟ امنیّت مقصد اصلی است، یا عدالت؟ و یا هر دو؟ بحث می‌کند، و تمام این بررسی‌ها، در حوزه فلسفه فقه یا فلسفه حقوق است.

قاعده لاضرر می‌گوید: انسان از ناحیه احکام یا از سوی افراد و عناصر دیگر، چه در دایرهٔ حقوق خصوصی، و چه در عرصهٔ حقوق عمومی(از سوی دولت یا کارگزاران دولتی)، نباید مورد تهدید و ضرر قرار گیرد.به گفته شاطبی اصل امنیّت و آسایش انسان است:

«الاصلُ عِصْمَةُ الانسان عَنِ الاضرارِ به و ایلامه» [۱]

۶ ـ این قاعده، کلید اجتهاد، در زمانها و مکانها، و در دل فرهنگهای مختلف است، و «اجتهاد» به گفته مرحوم اقبال لاهوری،[۲] «موتور محرکه» نظام حقوقی اسلام است. قاعدهٔ لاضرر، تنها محدود به ضرر مالی و جسمی نیست، بلکه، همان سان که در بررسی‌های آتی خواهیم دید، شامل هرگونه ضرری، از جمله زیانهای معنوی نیز می‌شود. در واقع این قاعده می‌تواند رو در روی هر ضرر و خسارتی که به جان، عقل، مال، کرامت، آزادی و آبرو و حیثیّت آدمی وارد می‌شود بایستد، و سیستم را، با تمام نیازها و ضرورتها و تحوّلات زمانه هماهنگ و همراه گرداند و...

با توجّه به توضیحات یاد شده، در صورتی که نقش کارساز قواعدی چون لاضرر و عدالت بدقت بررسی شود، و نتایج و آثار آن به زبانی نه چندان پیچیده بیان شود قطعاً ثمرات شیرینی را همراه خواهد آورد.

---

۱. علّامه شاطبی، ابراهیم، ابواسحاق، **الموافقات**، تحقیق عبدالله درّاز، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۵ ق.
۲. علّامه لاهوری، اقبال، **احیاء فکر دینی**، (همان).

فصل اوّل

کلیّات و مدارک قاعده

الف ـ کلیات

۱ـ پیشینه قاعدهٔ لاضرر

توجّه به ویژگی‌های این قاعده نشان از اهمیّت و شهرت آن دارد، و نه فقط فقهای بزرگی چون مرحوم بجنوردی در کتاب **قواعد فقه** و نراقی در **عوائد الایّام** و عبد الفتّاح حسینی مراغی در کتاب **العناوین** و شیخ اعظم انصاری در اواخر کتاب **مکاسب**، و **شیخ‌الشریعه** اصفهانی، و **تقریرات** علّامه نائینی (منیهٔ الطالب) به آن پرداخته‌اند و رساله‌های اختصاصی در مورد آن نوشته‌اند، بلکه فقیه و فیلسوف نامدار حضرت امام خمینی، و از معاصران آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی نیز توجه ویژه‌ای به قاعده لاضرر داشته و جوانب گوناگون آن را تشریح کرده‌اند. با این همه هنوز میدان بحث و کنکاش پیرامون قاعده لاضرر، از زوایای دید جدیدی، وجود دارد، و در صفحات بعد به برخی از ظرایف این قاعده، هرچند، با بضاعتی مزجات می‌پردازیم.

دربررسی دیرینه و سوابق «لاضرر»، روایات منقول از رسول اکرم(ص) و ائمه معصومین(ع)، و قبل از همه آیات قرآن کریم، حقیقت امر را نشان می‌دهد، امّا از فقهای پرآوازه شیعه، «شیخ الطائفه» طوسی (محمدبن حسن)[1] متوفی به سال ۴۶۰ق، در بحث از خیار غبن می‌نویسد:

«دلیلُنا ما رُوِیَ عن النبیّ (ص) انّهُ قال: لاضررَ و لاضِرار.»[2] همچنین ابن زهره،

---

۱. نویسنده کتابهای **تهذیب** و **استبصار** در حدیث، و **خلاف** و **نهایه** در فقه، و **عُدّة‌الاصول** در اصول فقه و...

۲. **خلاف**، ج ۱، ص ۵۲۲.

درمبحث خیار عیب به حدیث لاضرر اشاره می‌کند، و می‌گوید:

«... وَ یُحتَجُّ عَلَی المخالف بقولِهِ(ص): لاضَرَرَ و لاضِرارَ.»[1]

علّامه حلّی، صاحب کتاب ارجمند «**تذکرةُ الفقهاء**» نیز، در بحث از «خیار غبن»، می‌گوید:

«غبن، در نظر دانشمندان ما، سبب ثابت شدن خیار، برای مغبون است، نظر مالک و احمد (بن حنبل)، هم همین است، براساس فرموده پیامبر(ص) که گفت: **لاضَرَرَ و لاضرار فی الاسلام.**»[2]

هر چند در کتابهایی چون: **«المغنی»**،[3] **«المجموع فی شرح المُهذّب»**، **«بدایع الصنایع»**، **«المبسوط»** که توسط دانشمندان عامّه نوشته شده، و قاعدهٔ لاضرر در این کتابها نیز مورد بحث و فحص قرار گرفته است، امّا به گفته استاد جعفری لنگرودی: «رشد مباحث آن به تألیفات شیعهٔ امامیّه مدیون است.»[4] همو می‌گوید: شاطبی (ابواسحاق)، در طرح قاعدهٔ لاضرر، به‌صورت یک اصل فلسفی نظری صائب داشته، لیکن ابن غزالی بود که از این قاعده، به‌صورت یک اصل منطقی در منطق حقوق استفاده کرد. ایشان معتقد است:

«لاضرر در آغاز پیدایش، به صورت یک ابزار استدلال، و رهبر اندیشه در خط وقوف به مجهولات خودنمایی کرد... در قرن سیزدهم بود که ناگهان قاعده لاضرر در تنگنای حکم ثانوی، محدود گردید. یعنی از آن به‌عنوان عامل محدودکنندهٔ حکم کلّی معلوم در شرع، استفاده شد، و این زمزمه آغاز گردید که اگر لاضرر را از این چهارچوب درآوریم، و در میدان فراخ روانه کنیم، فقه جدید،[5] پدید خواهد آورد.»[6] و ....

---

۱. **الجوامع الفقهیّة**، **غُنیةُ النزوع**، ص ۵۸۸، ابن زهره، ابوالمکارم، نویسنده کتاب **الغُنیه** در فقه، متوفا به سال ۵۸۵ ق، در حلب (سوریه).

۲. حلّی، علّامه، حسین بن یوسف، **تذکرة الفقهاء**، ج ۱، ص ۴۹۷، و مؤلف کتابهای: **قواعدالاحکام** در فقه، **تهذیب و منتهی الاصول**، در علم اصول فقه، و **شرح تجرید** در اصول عقاید که شاگرد دائی خود محقق حلّی (جعفربن حسین صاحب شرایع)، و خواجه نصیرالدین طوسی بوده است. (۶۴۸ـ۷۲۶ق)

۳. ابن قدامه، ج ۵، ص ۵۴۲.

۴. **منطق حقوق**، ج ۳، ص ۱۴۴۸.

۵. شیخ اعظم انصاری، در **مکاسب**، کتاب بیع (مبحث معاطات)، اصطلاح «فقه جدید» را به کار برده است. وحشت از شکل‌گیری «فقه جدید»، شاید با توجّه به «زمان» و تحولاتی که خصوصاً در غرب آغاز شده بود، و در آغاز کار برای برخی ترسناک و ناشناخته بود، بی‌وجه نبوده و محملی داشته است. امّا ترس از این تحوّل هم، ممکن است فقه سرشار اسلامی را منزوی، و نظامی «پیرو» نماید.

۶. لنگرودی، همان.

۲ـ «لاضَرَر» و مسئله سوءاستفاده از حق

پیش از هم‌سجی دو عنوان بالا، باید توجه کرد که مسئله «سوءاستفاده از حق»، با مقولهٔ «تجاوز از حق» تفاوت دارد. قیم یا وکیلی که از حدود اختیارات تفویض شده، خارج می‌شود، یا مستأجری که در استفاده از مورد اجاره از حقوق قانونی و متعارف خود فراتر می‌رود، به **«تجاوز از حق»** و حدود اختیارات قانونی مبادرت کرده است. در حقیقت اگر کشاورز از حدّ و مرز زمین خود به زمین همسایه تجاوز کند، یا کسی که اتومبیل را اجاره کرده و بیش از ظرفیت آن از مورد اجاره استفاده نماید (به جای دو تن بار ده تن بزند) همهٔ این موارد نوعی «تجاوز از حق» است. امّا در سوءاستفاده از حق، ظاهراً از حدّ و مرز حق تجاوز نکرده، بلکه دراجرا و «امتثال» از حقی که دارد سوءاستفاده می‌کند، و در پناه «حق» به دیگری زیان می‌رساند. سوءاستفاده از حق، به مرحلهٔ «ثبوت» حق مربوط نیست، بلکه ناظر به مرحله «اثبات» و اجرای حق است، و عبارت «سوءاستفاده» نشان از عمد در ضرر زدن دارد.

۳ـ سوءاستفاده از حق و تقلّب نسبت به قانون

اصطلاح دیگری که گاه با عبارت «سوءاستفاده از حق»، مخلوط و مشتبه می‌شود، عبارت تقلّب نسبت به قانون، است. فرار از اجرای قوانین امری (حکم)، تقلّب نسبت به قانون است، که گاه در زبان حقوقی «حیله» نامیده می‌شود. شوهر اموال خود را، پیش از حلول سال (مالی) به زن منتقل می‌کند، تا از تکلیف دادن زکات شانه خالی کند! آنگاه پس از حلول سال، آنچه را که به زوجه انتقال داده است، زوجه به وی برمی‌گرداند.[۱] «حیله» و تقلّب نسبت به قانون، گاه نسبت به حقوق عمومی هم میدان پیدا می‌کند. چنانکه کسی مثلاً صد تومان زکات بدهکار است، مالی که فقط ده تومان می‌ارزد، به مبلغ صد تومان به کسی که مستحق زکات است می‌فروشد. در نتیجه هر یک از طرفین یکصد تومان به یکدیگر بدهکار می‌شوند، و این دو «دین»، از طریق تهاتر ساقط می‌شود.[۲] معامله به قصد فرار از دین،[۳] که برخی آن را باطل دانسته‌اند، و وقف جهت ضرر زدن به طلبکاران (اضرار دیان)،[۴] نوعی حیله و تقلّب نسبت به قانون است. لاضرر این قسم از «حیله» را ممنوع می‌کند.[۵] در واقع «حیله» نوعی عمل حقوقی

---

۱. ابن قیم، **اعلام الموقّعین**، قاهره، چاپ مدنی (بی تا) (ابوحنیفه: ذالک مِنْ فقهه)!

۲. لنگرودی، **منطق حقوق**، (همان) ۱۲۳۹.

۳. یزدی، سیدمحمدکاظم، **سؤال و جواب**، ص ۲۲۲.

۴. قانون مدنی، مادّه ۶۵.

۵. طباطبائی یزدی، همان.

است که جنبه صوری دارد، و فاعل آن عمل، به قصد تقلب آن فعل را صورت می‌دهد. مثال دیگر این است که طرفین قرارداد برای فرار از پرداختن مالیات، بهای «موضوع معامله» را، به گونه‌ای صوری و غیرواقعی، کمتر از میزان اصلی تعیین و در قرارداد می‌نویسند. خلاصه آنکه: در «تقلّب نسبت به قانون»، طرفین یا یک طرف قرارداد در مقام اجرای حق نیست، بلکه درصدد فرار از اجرای قانون است، امّا در «سوءاستفاده از حق»، شخص ظاهراً کار مشروعی می‌کند، و کار مشروع ظاهری را هم برای اجرای حق انجام می‌دهد، امّا هدف او اضرار به غیر است، یا همان طور که اشاره رفت در اجرای حق از اندازهٔ معمول و متعارف تجاوز می‌کند و به دیگری خسارت می‌زند...

۴ـ تفاوت قاعدهٔ لاضرر و سوءاستفاده از حق

به اجمال می‌دانیم که ضرر عمدی باشد یا غیرعمدی، مادّی باشد، و یا جانی، یا معنوی، و اعم از اینکه حکم تکلیفی باشد یا وضعی، و منشأ ضرر قانون باشد، یا انسانی به انسان دیگر، در هر حال مشمول حکم «لاضرر» است، و ضرر، منفی و مردود است. امّا در «سوءاستفاده از حق» که تقریباً با قاعده لاضرر تطبیق می‌کند، همان گونه که اشاره شد «سوءاستفاده»، صرفاً عمد در اضرار را می‌رساند، و ضررهای غیرعمدی، ظاهراً تحت عنوان: «سوءاستفاده از حق» قرار نمی‌گیرد. بدین ترتیب به نظر می‌رسد، قاعده «لاضرر و لاضرار»، گسترده‌تر از عنوان «سوءاستفاده از حق» باشد.

فقهای اسلام، به استناد قاعدهٔ لاضرر، احتکار را حرام می‌دانند،[1] درحالی‌که با تئوری «سوءاستفاده از حق»، خصوصاً در دنیای سرمایه‌داری، بعید به نظر می‌رسد که «احتکار» را ممنوع اعلام نمایند. بیع «الحاضر للبادی»،[2] و «تلقّی رکبان»،[3] و «تسعیر»[4] یا قیمت‌گذاری هم که با توجه به قاعدهٔ لاضرر، ممنوع می‌باشد، عمق و پهنای این قاعده را نشان می‌دهد.

با توضیحاتی که تحت عنوان پیشینهٔ قاعدهٔ لاضرر بیان شد، روشن می‌شود، که از

---

۱. آیت‌الله منتظری، حسینعلی، **دراساتٌ فی ولایة الفقیه**، ج ۲.

۲. بیع حاضر برای بادی: فروش کالاهای تولیدی روستائیان را کسانی از مردم شهرنشین به عهده می‌گیرند و با شرایطی که خود می‌خواهد برای آنها می‌فروشد. بدین وسیله قیمت کالاها را بالا می‌برد، امّا تلقّی رکبان به‌استقبال رفتن است. استقبال کاروانهایی که کالاهای تولیدی را به شهر می‌آورند. به پیشواز می‌رفتند و اجناس را با قیمت ارزان می‌خریدند و با ایجاد نوعی انحصار، به بهای افزون‌تری می‌فروختند.

۳. صدر، شهید سیدمحمدباقر، **اقتصادنا**، همان.

۴. منتظری، همان، نیز به رساله **احتکار و تسعیر** مراجعه فرمائید.

صدر اسلام، عملاً «نفی ضرر و اضرار» مورد توجه بوده و مذاهب و نحله‌های مختلف اضرار به‌دیگران را، هرچند به بهانهٔ استعمال حق، «سوءاستفاده از حق»،[۱] شناخته و آن را مردود اعلام کرده‌اند. در سیر تکوین، این قاعده، بمرور ایام کامل‌تر می‌شود و در خیلی از مسائل و «فروع» مورد استفاده و استناد فقهای بزرگ قرار می‌گیرد. امّا همان گونه که توضیحات مختصر و گذرا نشان داد، بنابه علل و عوامل مختلفی، از جمله ترس از تأسیس **«فقه جدید»**، و شاید وحشت از تحولّات و دگرگونی‌های زمانه، گستره قاعده محدود به حدود ویژه‌ای می‌شود که در صفحات آینده مورد بحث قرار خواهد گرفت.

امّا در عمل این ترس و محدودیت دوام چندانی نمی‌آورد، و بزرگانی چون شهید مطهّری، قاعدهٔ «لاضرر» را اساساً **«ارجاع به حقوق فطری»** به‌شمار می‌آورند. چیزی که «فطرت» و عقل سلیم، به آن (نفی ضرر)، قطعاً اقرار دارد، و روشن است که قاعدهٔ عقلی، در عرصه «زمان و مکان» و در تمامی موارد و مصادیقش شامل و فراگیر است و به اصطلاح «تحصیص»بردار نیست. این نظر نشان از این حقیقت دارد، که گستره قاعده، محدود به: **«حکم ثانوی»**، یا فی‌المثل **«نفی حکم موجود»**،[۲] یا چون یک **«مخصّص»** عمل کردن، نیست، بلکه قاعده‌ای است ساری و جاری، و شامل هر موردی که ضرر و ضراری در آن پیش‌بینی می‌شود؛ البته با شروط و شرایطی که صاحب‌نظران معیّن کرده‌اند.

براساس همین نگرش، با آنکه استناد به قاعده لاضرر، در مواد مختلفی از جمله مادّه ۱۳۲ [۳] قانون مدنی منعکس بود، پس از پیروزی انقلاب اسلامی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اعتبار ویژه‌ای به این قاعده داد، و با بیانی که کلیّت و عمومیت در آن بروز و ظهور دارد مقرّر کرد:

«هیچ کس نمی‌تواند، اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر، یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.»[۴]

با همین نگاه، به بررسی پیرامون قاعدهٔ «لاضرر» می‌پردازیم. غیر از ادلّه عقلی، باید

---

۱. سمرة بن جندب هم، از حق خود(حق ارتفاقی که داشت)، در واقع سوءاستفاده می‌کرد. برخی از دانشمندان واژه «ضرار» را بیشتر به ضررهای عمدی مربوط دانسته‌اند، که با عبارت: «سوءاستفاده از حق» تطبیق می‌کند.(ابن رجب، **جامع العلوم و الحکم**، ص ۲۸۸).

۲. برخی معتقدند که لاضرر صرفاً «نفی حکم» موجود در شرع یا قانون می‌کند، خود نمی‌تواند حکم‌ساز باشد.

۳. مواد: ۲۱۸، ۱۲۲، ۱۲۵، ۱۳۹، ۹۴۴، ۹۴۵ قانون مدنی، و مادّه ۵۰۰ قانون تجارت ملاحظه شود.

۴. اصول ۴۳(منع اضرار به غیر، در ضوابط اقتصاد اسلامی) و ۴۶ قانون اساسی، نیز دیده شود.

مدارک نقلی قاعده، مورد بحث قرار گیرد. یکی از عمده‌ترین روایات به قضیّهٔ «سَمَرة بن جندب» مربوط است که پیامبر اکرم(ص) در آن مورد فرمودند: «لاضرر و لاضرار.» بر این اساس ابتدا به مفردات «خبر»، یعنی بررسی معانی واژه‌ها می‌پردازیم:

۵ـ معنی «ضرر و ضرار»

معانی مختلفی برای واژه ضرر بیان کرده‌اند، از جمله به معنی بلا و دشواری،[۱] به معنای کمبود،[۲] و ترس،[۳] بیماری و ناراحتی در جسم،[۴] نقص و نقصان[۵] و ... که می‌توان گفت معناهای مختلف بیشتر مصادیق گوناگون «ضرر»اند و ضرر یک مفهوم عرفی است که در زمانها و مکانهای مختلف، تفاوت پیدا می‌کند. تعاریف فقها هم، بیشتر به معانی عرفی و لغوی نزدیک است، بلکه از همان مفاهیم عرفی و لغوی نشأت می‌گیرد. علّامه بجنوردی، تعریف جامعی به صورت زیر دارند:

«... الظاهِرُ مِنْ لفظ الضَرَر، عُرفاً، هُوَ النقص فی مالِه، او عرضِهِ اَوْ نفسه، او فی شیءٍ مِنْ شئونه، بعدَ وجوده، اَوْ بعدَ وجودِ المقتضِی القریب بِهِ، بحیثُ یراهُ العرفُ موجوداً»[۶]

ظاهر از لفظ ضرر در متفاهم عرفی، عبارت است از نقص در مال، آبرو، یا در جان شخص یا در شأنی از شئون و بعدی از ابعاد هستی شخص، به شرط آنکه ضرر، یا مقتضای قریب آن محقق شده باشد. به گونه‌ای که عرف آن ضرر را موجود پندارد.

آیت‌الله مکارم نیز در توصیف ضرر می‌نویسد: «**فقدُ کُلِ ما نَجدُ و ننتفعُ بِهِ، مِن مواهب الحیاة، مِنْ نفسٍ، او مالٍ او عرضٍ، او غیرُ ذالک.**»[۷]

شهید صدر هم، به همین سان تعریف می‌کند و می‌گوید: «ضرر از نقص در جان، آبرو،

---

۱. بقره ۱۷۷ و ۲۱۴ و زمر/۸

۲. انعام/۴۲، اعراف/۹۴.

۳. اسراء/۶۷.

۴. یونس /۱۲.

۵. نساء/۱۱۳، آل‌عمران/۱۷۶ و به معنی ضدنفع، قاموس، ج ۲، (فیروزآبادی).

۶. **قواعد الفقهیّه**، ج ۱، ص ۱۷۸. برخی نیز چون مفردات راغب اصفهانی ضرر را به سوءحال تفسیر می‌کند، اعم از اینکه سوءحال جسمی باشد، یا به خاطر نداشتن مال و آبرو، یا نداشتن دانش و آگاهی.

۷. **قواعد الفقهیّه**، ج ۱، ص ۴۹، ۱۳۸۲. با توجه به تعریفها، روشن است که ضرر گاه ضرر مالی است مثل: زیان وارد به اعیان، منافع، حقوق مالی. گاه ضرر جسمی است مانند: ضرب، جرح و قتل. و زمانی ضرر معنوی و حیثیتی است مانند ضرر به آبرو و منزلت و شخصیّت کسی.

یا مال انتزاع می‌شود.»[1]

حضرت امام خمینی(قدسّ سرّه)، معتقدند که: ضرر و ضرار و مشتقّات آنها، غالباً در موارد جانی یا مالی به کار می‌رود، امّا واژه «ضِرار» بیشتر در دشواری، حرج، مضیقه، فشارهای روحی و حیثیّتی و سختی و کلفت استعمال می‌شود.[2] در آیات قرآن کریم نیز واژه «ضرار» بیشتر در معنای مضیقه و دشواری و رنج و حرج به کار رفته است. در ساختن مسجد «ضرار»، دربرابر مسجد «قبا» هم قصد و هدف منافقین، ایجاد مضیقه و کسر حیثیّت برای مسلمانان بود.[3] در آیات دیگر[4] نیز که کلمه «ضرار» استعمال شده، همان مضیقه روحی و دشواری است. در قضیه سمرة بن جندب هم، نتیجه عمل او، در حرج و ناراحتی قرار دادن مرد انصاری بود. باتوجه به آنچه ذکر شد «ضرار» در معانی زیر استعمال شده است:

۱ـ ضرر متقابل. چرا که ضرار مصدر باب مفاعله است که بر اعمال طَرَفینی دلالت می کند. البته مصادر باب مفاعله همیشه طرفینی نیست. مثل افعال سافَرَ و هاجَرَ و...

۲ـ ضرر و ضرار مترادف و دارای یک معنی هستند.

۳ـ همان که ذکر شد. یعنی ضرار به معنی دشواری و ایجاد مضیقه است. برخی ضرار را تکرار ضرر می‌دانند.

۴ـ ضرر شامل ضررهای عمدی و غیرعمدی است، امّا ضرار صرفاً در ایجاد ضررهای عمدی کاربرد دارد و ...

علّامه نائینی معتقد است که: هرگاه ضرر و ضرار با هم به‌کار روند، ضرر، زیان غیرعمدی و ضرار، خسارت زدن عمدی است (همان سوءاستفاده از حق).[5] مرحوم مراغه‌ای کلمهٔ «مضارّه» را نیز به معنای ضرار می‌داند.[6]

---

۱. شهید صدر، سیدمحمدباقر، **مباحث الحُجج**، ج ۲، ص ۴۵.

۲. **الرسائل**، قاعدهٔ لاضرر، ص ۲۹ و بعد.

۳. توبه / ۱۰۷.

۴. بقره/۲۳۱؛ «و لا تمسکوهن ضراراً...» و طلاق / ۶: «لاتُضارّوهن...»

۵. **منیة الطالب**، تقریرات درس میرزای نائینی، ج ۲، ص ۱۹۹.

۶. مراغی حسینی، میرعبدالفتّاح، (متوفا به سال ۱۲۵۰ هـ. ق) **العناوین**، ج ۱، ص ۹۸؛ برخی دیگر مثل استاد سیدمحمد بجنوردی، ضرار را تکرار عمل زیان‌آور می‌دانند و می گویند سمره هم عمل ضرر را تکرار می‌کرد و اینکه: «یخادعون الله یعنی: یُصرّون علی هذا.» (**قواعد فقه**، ص ۵۶)

ب ـ مدارک و ادلّه قاعده لاضرر

۱ـ عقل

همان‌طور که اشاره کردیم، در نظر برخی از صاحب‌نظران، نفی ضرر، ارجاع به فطرت و عقل سلیم و مستقل انسانی است و «عقل مستقل» به قبح ضرر جدای از احکام دلالت می کند. عبارت صاحب عناوین در همین زمینه چنین است:

«... حکم العقل بذالک، اِذ بعدَ ما عَلِمنا اَنَّ هذا الشیء قبیح ... یحکم العقل القاطع بلزوم رفع هذا العمل القبیح علی فاعله...» [1]

عقل قطعی، همان‌سان که به «شکر منعم» حکم می کند، قطعاً به «نفی ضرر» نیز حکم می‌کند. روش و «سیره‌های عقلایی» هم جز این حکمی ندارد. عقلا شخص «مُضارّ» و ضررزننده را که بی‌جهت به کسی زیان وارد آورده، مذمّت و سرزنش می‌کنند، این «بنائات عقلایی»، نه‌تنها از سوی شارع مورد تأیید قرار گرفته، بلکه از سوی تمام عقلای عالم، صرف‌نظر از دین و مذهب خاصّی یا فرهنگ و ملّت ویژه‌ای، مورد تکیه و تأکید است.

۲ـ اجماع

هرچند با وجود دلیل عقل و آیات و روایات منقول از ائمه معصومین(ع)، اجماع، «اجماع مدرکی» خواهد بود و مستقلاً ارزش حقوقی و فقهی ندارد، لیکن به‌گفته آیت‌الله بجنوردی، اجماع فقهای امامیّه، بلکه فقهای اسلام بر حجیّت این قاعده است و مستند آنها نیز همان روایت «لاضرر و لاضرار» است... در مسند امام احمدبن حنبل،[2] و دیگر کتب روایی عامّه روایات لاضرر ذکر شده است.[3]

۳ـ کتاب

می‌توان گفت تمام مصادیق ظلم (مانند ستم به جان، مال، حیثیّت و آبروی دیگران) در عین حال از مصادیق ضرر نیز هست، و به طور کلّی آیاتی که در قبح ظلم،[4] و حسن عدالت سخن می گویند، به دفع و رفع «ضرر» نیز دلالت دارند. امّا برخی ازآیات قرآن کریم صریحاً به‌واژه «ضرر» و مشتقّات آن اشاره کرده که به بعضی از آنها می پردازیم.

---

۱. **عناوین** (ج ۱) همان، مبحث قاعدهٔ لاضرر.

۲. احمدبن حنبل، **مسند**، ج۵، ص ۳۲۶.

۳. **قواعدفقهیة**، قاعدهٔ لاضرر، ص ۵۴.

۴. همان طور که در بحث از قاعده «عدالت» دیدیم، حدود ۲۹۰ بار، ظلم و ستم در قرآن کریم تقبیح شده است. به بخش قاعده عدالت در همین رساله مراجعه فرمائید.

۱ـ در قرآن کریم به کیان «خانواده» و دفع و رفع ستم از زنان اهمیّت برجسته‌ای داده شده است، خصوصاً با توجّه به عنصر **«زمان و مکان»** و برخوردها و فرهنگهای مختلف که زن و کودک و خرید و فروش انسان در آن عصرها و فرهنگها، عملی مرسوم بوده است. پیامبر بزرگ(ص) با این رسوم و عادات و فرهنگهای ستمگر، تا جایی که **«امکانات»** اجازه می‌داد و زمانه پذیرش برخورد داشت، مبارزه فرمود. در عصر بعثت و شاید قرنها پس از آن، خصوصاً در تاریخ غرب تا عصر فردگرایی و توجّه به آزادی‌های فردی، «زن» حتی اهلیت و صلاحیت مالکیّت نداشت و ... در فرهنگ عرب پیش از اسلام، مردان، **طلاق و رجوع** را وسیله‌ای برای آزار به زنان قرار داده بودند و این شیوه، نوعی ستم و انتقامجویی بود، قرآن کریم با این ستم و «ضرر» به مبارزه برخاست و مقرّر فرمود:

«... و لا تمسِکوهُنَّ ضراراً لتعتدوا»،[1] و زنان را برای ضرر و ستم نگاه ندارید. کسی که چنین کند، قطعاً به خود ستم کرده است.

در عبارت «لِتعتدوا» عمدی بودن ضرر بروشنی دیده می‌شود.

۲ـ در همین سوره(بقره)، بار دیگر از اضرار پدر و مادر به فرزند، در اثر اختلاف بین والدین منع می‌فرماید. در جدایی زن و شوهر فرزندان، خصوصاً فرزند شیرخواره، بیش از همه متضرّر می‌شود. در این مورد قرآن کریم مقرّر می‌دارد: **«لا تُضارَّ والدةٌ بولدها، و لامولودٌ لَهُ بوَلده»**[2] نباید پدر و مادر به فرزند، زیان زنند(با شیر ندادن مادر به فرزند، یا جدا کردن کودک از مادر و ...).

۳ـ در مسئله وصیّت، شخص موصی، نباید به گونه‌ای رفتار کند که موجب ستم و «ضرر» به بازماندگان شود. این افراد ممکن است توسط موصی و از طریق اقرار به دین، که صوری بوده و واقعیت ندارد، یا از راه «هبه» اموال به دیگران، یا محروم کردن ورثه از میراث یا وصیت به بیش از یک سوم اموال، و یا به طرق دیگر صورت گیرد. چنین وصیتی نه تنها «ضرر» به بازماندگان است، بلکه سرچشمه اختلاف و دشمنی و ستم نیز می‌باشد. قرآن کریم این شیوه از اضرار را هم منع می‌کند و می‌فرماید:

---

۱. آیه ۲۳۱ سوره بقره: «اِذا طَلَّقتم النساءَ فبلغنَ اَجَلهُنَّ، فَاَمسِکوهُنَّ بمعروفٍ، اَوْ سَرِّحوهُنَّ بمعروفٍ و لا تمسِکوهُنَّ ضِراراً لِتعتدوا، وَمَنْ یَفعَلْ ذالکَ فقد ظلم نفسَهُ، وَلا تتّخذوُا آیاتِ الله هُزُواً...»!

۲. آیه ۲۳۳ بقره: «و الَوالداتُ یُرضِعنَ اولادَهُنَّ حولَین کاملین، لِمَنْ ارادَ اَنْ یُتِمّ الرَضاعَةَ، و عَلیَ المَولودِ لَهُ رِزقُهُنَّ، و کِسوَتُهُنَّ بالمعروف، لاتُکَلفُ نفسٌ اِلاّ وُسْعَها، لاتُضارٌ والدِةٌ بَوَلدِها، و لامولودٌ لَهُ بولدِهِ، و علی الوارثِ مِثلُ ذالک...»

«من بعد وصية يوطى بها، او دينٍ غير مُضار...»[1]

یعنی، پس از انجام موارد وصیت، و پرداخت دیون و وامهایی که خسارت‌بار نباشد، اموال بین بازماندگان تقسیم می‌شود.[2]

همان‌طور که ملاحظه می‌شود آیات قرآن، ضرر و ضرار را منع می‌کند و به‌طور کلی، نهی حقیقت در حرمت است و می‌دانیم که مورد مخصص نیست. در مجموع آیات با تصریح به‌ضرر در موارد خاص، مقرراتی را تأسیس و ارائه می‌کند که از باب تعلیق حکم بر وصف عمومیت و اطلاق را می‌رساند و «لاضرر» را به صورت یک قاعده تثبیت می‌کند.[3] «قاعده»ای که درعین‌حال از تأکید عقلی نیز برخوردار است، چرا که تشریع ضرر، چه در مرحله قانونگذاری و چه در مرحله اجرا، درخور شأن هیچ قانونگذاری نیست و می‌دانیم که قانونگذار در نظام حقوقی اسلام، به گفته استاد مظفر، و علامه غروی اصفهانی صاحب کتاب ارجمند **نهایةالدرایه**، نه تنها «اعقل عقلا» که «رئیس العقلا»، بل، که «خالق عقل» است.[4]

۴ـ سنت

روایات معصومین، در زمینه نفی ضرر، بسیار زیاد و به طرق و عبارات مختلف و در موارد و مواقف فراوانی نقل گردیده است. اگر فرصتی باشد جمع این قبیل روایات در مجموعه ویژه‌ای می‌تواند بسیار مفید و کارساز و الهام‌بخش باشد. این روایات، گاه به «ضرر و ضرار» تصریح دارند، و گاه بدون تصریح به ضرر یا مشتقات آن، به صورت «نفی ضرر»، به عنوان یک قاعده صادر شده‌اند. از سوی دیگر این روایات گاه بر منع، و «دفع» یا پیشگیری از ضرر مبتنی هستند، و زمانی به رفع و «جبران» یا تدارک ضرر تأکید می‌نمایند.

روایات مربوط به‌طرح و «نفی ضرر» چنان متعدد و گسترده‌اند که مرحوم «فخرالمحققین»[5] و علامه مراغی، ادعای «تواتر» می‌کنند، و مرحوم «شیخ حر عاملی»[6] باب ویژه‌ای با عنوان:

---

۱. نسا / ۱۲، محقق اردبیلی در تفسیر همین آیه می‌گوید: وصیت و دینی که مقدم بر میراث بازماندگان هستند عبارت از وصایا و دیونی می‌باشند که موجب زیان و ضرر ورثه نباشد... در غیر این صورت قابل پذیرش نخواهند بود (محقق اردبیلی، **زبدةالبیان فی احکام القرآن، کتاب المواریث**، ص ۶۵۴.

۲. همچنین به: طلاق/ ۶، بقره/ ۲۸۲، ۱۹۶ و بقره / ۱۹۴ و ۱۷۳ و ۲۳۳ و نساء /۹۲ و ۱۰۷، توبه / ۱۰۷، مراجعه شود. به **اسبوع الفقه الاسلامی**، ص ۲۰ و بعد مراجعه شود.

۳. لنگرودی، **دائرةالمعارف علوم اسلامی**

۴. مظفر، محمدرضا، **اصول الفقه**، ج ۱ و ۲

۵. **ایضاح الفوائد فی شرح القواعد**، باب رهن، عناوین، مراغی، ج ۱ ص ۳۰۶، مؤسسه نشر اسلامی ۱۴۱۷ ق.

۶. عاملی، شیخ حر، **وسایل الشیعه**، ج ۷، همان باب

«لایجوز الاضرار بالمؤمن»، **«و باب عدم جواز الاضرار بالورثه فی الوصیته»** می‌گشاید. هرچند همۀ احادیث مربوط به «لاضرر» را در آن «باب» نمی‌آورد.

با نظر به توضیحات، برخی از این روایات را ملاحظه می‌کنیم:

۱ـ در روایات زیر به ضرر تصریح و به نحوی تعلیل شده است:

ـ **«مَنْ اَضَرّ بشئٍ مِن طریق المسلمین، فهو ضامِنٌ لَهُ»**[1]

ـ **«کُلّ شئٍ یَضُرُّ بطریق المسلمین، فَصاحِبُهُ ضامِنٌ لِما یُصیبُهُ»**[2]

ـ **«... و قضی رسول‌الله بالشفعة بینَ الشُرکاء فی الاَرَضَین و المَساکِن و قال: لاضَرَرَ و لاضِرارَ»**[3] (این حدیث شریف صریحاً «ضرر» را علت وجود حق شفعه برای شریک می‌داند.)

ـ از پیامبر(ص): **«اِنَّ الضَرَرَ فی‌الوصیّة، من الکبائر»** و **«اِنَّ الضَرارَ فی‌الوصیة، من الکبائر»**[4]

۲ـ روایات زیر بر پایه و اساس لاضرر مبتنی است:

ـ مرحوم شیخ حرّ عاملی، در باب: **«عدم جواز الجور فی الوصیّة، و الحیف فیها بتجاوز الثّلث، و وجوب ردّها اِلیَ العدلِ و المعروف»**! می‌نویسد:

«...مَنْ جارَ فی وَصیّتِه، لَقَی الله عزّوجل، یومَ القیامه، و هُوَ عَنهُ مُعرِضٌ»[5]

ـ سَئَلتُ اباعبدالله(ع) عَنْ محصِنةٍ زَنَت و هِیَ حُبلی، قال: تُقَرُّحَتّی تَصنَعَ ما فی بَطنها، و تَرْضَعَ وَلَدَها، ثُمَّ تُرجَمُ»[6]

ـ سَمِعتُ اَبا جعفر(ع) یَقُولُ: مَنْ کانت عِندَهُ اِمرَئَةٌ، لم یکسها ما یوَاری عورتها، و یُطعِمُها ما یقیمُ صُلبها، کانَ حقّاً علی‌الامام اَنْ یُفرّقَ بینهما[7]

ـ از پیامبر اکرم می‌پرسند: اگر شخصی به همسر خود ضرری وارد آورد، که زن

---

۱. نراقی، **عوائد الایام**، ص ۱۵.

۲. **عناوین**، مراغی (همان)، ص ۹۷ و بعد.

۳. **وسایل‌الشیعه** (همان) باب ۵ (از ابواب شفعه).

۴. طبرسی، فضل بن حسن، **مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۷۹هـ

۵. **وسائل‌الشیعه**، ج ۱۳، ص ۳۵۸ و ۳۵۹، چاپ ۱۴۰۳ و... دار احیاء التراث العربی، روایت زیر نیز قابل تأمل است: «قضی امیرالمؤمنین فی رجل، توفّی و اوصی بماله کله... فمن ظلم نَفْسَه و اتی فی وصیته المنکر و الحیف، فانها ترد الی المعروف، ویُترک لاهل المیراثِ، میراثهم»، همان.

۶. محقق نجفی، **جواهرالکلام**، ج ۶، ص ۴۸۵.

۷. طباطبائی یزدی، **ملحقات عروه**، ص ۷۰.

حاضر شود مالی به شوهر دهد، و از او درخواست طلاق کند (زن بتواند مطلقه شود)، چه حکمی دارد؟ فرمود: جزای چنین شخصی جز عذاب و آتش الهی نیست. و اضافه کرد که: هرکس به مسلمانی ضرر زند از ما نیست، و ما هم در دنیا و در جهان دیگر با او نخواهیم بود.[۱]

برای دیدن روایات دیگر به کتابهای **کافی**، و **وسایل** و کتب روایی دیگر مراجعه شود. هرچند آنگونه که بزرگان گفته‌اند، سند یا دلالت برخی از روایات قابل خدشه است، اما مجموع آیات، و روایات پرشمار، حکم قطعی عقل را در نفی ضرر و ضرار، تأیید می‌کنند، و همان‌گونه که می‌بینیم، در روایاتی هم که به عبارت «لاضرر و لاضرار» اشاره نشده، بنابر نفی و طرد ضرر و اضرار است. اما، در حدیث مربوط به «سمرة بن جندب»،[۲] نفی ضرر و «ضرار» وضوح خاصی دارد و فقهای مکاتب مختلف فقهی،[۳] به طرق مختلف آن را ذکر و به آن استناد کرده‌اند. روایت از قرار زیر است:

زراره از امام باقر(ع) نقل می‌کند، که سمرة بن جندب، درخت خرمایی (عِذْق) در حیاط مردی از «انصار»داشت، و برای سرکشی به درخت خود دارای راه عبور و «حق ارتفاق» بود. اما بدون اعلام یا اجازه مرد «انصاری» وارد می‌شد و اسباب ناراحتی انصاری را فراهم می‌آورد. مرد انصاری از سمره خواست که بی‌خبر وارد نشود، اما سمره از این کار امتناع کرد. انصاری داستان را به اطلاع پیامبر(ص) رساند و از سمره شکایت کرد. پیامبر(ص) سمره را احضار و به او دستور داد که سرزده وارد حیاط انصاری نشود، سمره باز هم امتناع کرد. پیامبر(ص) پیشنهاد خرید نخل سمره را داد، نپذیرفت، و در برابر پیشنهادهای دیگر پیامبر(ص) نیز ایستاد و زیر بار نرفت. پیامبر(ص) نهایتاً به مرد انصاری فرمود:

---

۱. **وسایل الشیعه** (همان)، کتاب احیاء موات، باب ۱۵.

۲ و ۳. روایت سمره را، بزرگان قوم چون: کلینی، شیخ صدوق، محمدبن حسن طوسی (شیخ الطائفه) در کتابهای خود آورده‌اند (به کتابهای **کافی**، **من لایحضره الفقیه**، **تهذیب و استبصار**، رجوع شود).

از سمره در تاریخ اسلام به عنوان مردی لجوج، مزدور و بدنام یاد کرده‌اند. ابن ابی‌الحدید، در شرح نهج‌البلاغه او را دشمن اهل بیت پیامبر(ص) معرفی می‌کند. او در برابر پول به جعل اخبار روی می‌آورده و یکی از مزدوران معاویه بوده است. طبری در مورد سمرة بن جندب می‌نویسد: ...او در جهت تحکیم حکومت بنی‌امیه، هشت هزار نفر از مردم بصره را کشت و...، و ابن ابی‌الحدید می‌گوید: سمره در قضیه کربلا و قتل حسین‌بن علی(ع)، از سپاهیان عبیدالله زیاد بود و مردم را به جنگ با امام(ع) تحریک می‌کرد. (محقق داماد، **قواعد فقه**، ص ۱۳۶ و ۱۳۷).

«اِذهَبْ، فَاقلعَهْا، و ارْم بها وجْهَهُ...» [۱]

یعنی: برو و درخت را از ریشه درآور. و در پیش روی سمره بینداز! آنگاه به سمره گفت: «انک رجل مضار، و لاضرر و لاضرار»:

تو مردی خشن و زیان‌آور و زیان زننده هستی، و ضرر و ضرار در اسلام نیست.

صاحب عناوین می‌نویسد: «و قد رُوِیَ فی کتب الفروع،... به لفظ: «لاضرر و لاضرار فی الاسلام.» [۲]

عبارت: «لاضرر، و لاضرار» همان‌گونه که دیدیم، در برخی روایتها قیود و اضافاتی چون «الاسلام»، و «علی المؤمن» دارد، که بنا به نظر فقها، تأثیری در موجودیت «قاعده» ندارد.

محقق نائینی معتقد است، قید مذکور از طرف راویان خبر اضافه شده و در اصل وجود نداشته است، زیرا که ذهن گویندگان روایت با جملاتی چون «**لارهبانیة فی‌الاسلام**» یا «**لااخصاءَ فی الاسلامَ**» و «**لاحِمی فی‌الاسلام**» مأنوس بوده است، و به همان قیاس قید را افزوده‌اند. [۳]

به هر تقدیر، قید باشد، یا نباشد در عمومیت قاعده تأثیری ندارد، زیرا حکمی که برای یک موضوع خاص وضع می‌گردد، باحکم عام برای موضوعات دیگر تضاد و تعارضی نخواهد داشت. به گفته دانشمندان اصول: «دو حکم مثبت یکدیگر را تخصیص نمی‌زنند» مثل اینکه بگویند: «برده آزاد کنید» و نیز بگویند: «برده مؤمن آزاد کنید.» [۴]

با توجه به توضیحات، حدیث «لاضرر» به صورتهای زیر روایت شده است:

۱ـ «لاضَرَرَ و لاضِرارَ»

۲ـ «لاضَرَرَ و لاضرارَ فی الاسلام»

۳ـ «لاضَرَرَ و لاضرارَ عَلَی المؤمِن»

عبارت «لاضرر و لاضرار» در هر سه روایت تکرار شده و همان‌گونه که اشاره شد به‌حد تواتر رسیده است.

---

۱. مراغه‌ای، **عناوین**، ج ۱، ص ۳۰۷، (همان)، می‌نویسد: «...فقال(ص): لک بها عذق لعذقک فی الجنه، فابی ان یقبل، فقال رسول‌الله(ص): اذهب فاقلعها و ارم بها الیه، فانه لاضرر و لاضرار» (**الکافی** باب الضرار، **التهذیب** باب بیع الماء و...)

۲. **عناوین**،همان، ص ۳۰۷و ۳۰۸

۳. نائینی، **منیة الطالب**.

۴. جعفری تبریزی، **رسائل فقهی**، قاعده لاضرر، ص ۸۸ نشر کرامت، ۱۳۷۷.

فصل دوم

مفاد فقهی و دلالت قاعده

نظرات فقها

دانشمندان می‌گویند: «لا» در معنای اصلی و حقیقی، اصولاً برای نفی «جنس» به‌کار می‌رود، و هرگاه «لا» بر سر اسم نکره مثل ضرر و ضرار درآید مفید عموم است. یعنی هیچ‌گونه ضرر و ضراری مشروع نیست. جمله «**لارَجُلَ فی الدار**» هم، در حقیقت، نفی جنس می‌کند، یعنی هیچ مردی در خانه نیست. برخی نیز گفته‌اند، تعلیق حکم بر وصف عموم را می‌رساند و لاضرر را به صورت یک قاعده تثبیت می‌کند. اما ظاهر معنای: «**لاضرر و لاضرار فی الاسلام**» با توجه به نافیه بودن «لا» وجود هرگونه ضرر و ضرار را در عالم خارج نفی می‌کند که قطعاً نمی‌تواند معنای درست خبر تلقی شود، چرا که در عالم واقع، نمی‌توان وجود ضرر و ضرار را نفی کرد، بلکه در روابط و مناسبات روزانه مردم، همواره ضرر به انحاء مختلف وجود دارد. از سوی دیگر، اگر معنای جمله، نفی ضرر در جهان خارج باشد، چه ارتباطی می‌تواند با تشریع و قانونگذاری داشته باشد و چه اثری بر چنین تشریعی بار خواهد شد؟ بر همین اساس، در معنای «لا» بین فقهاء اختلاف به هم رسیده، و هر یک از دانشمندان، برای کشف نظر شارع مقدس، در تشریح و تبیین مفاد قاعده و معنای درست «لا» نظراتی به خلاصه زیر داده‌اند:

۱ـ نفی حکم ضرری

نظر شیخ اعظم انصاری و پیروان او این است که مراد از «نفی ضرر» در حدیث لاضرر و لاضرار نفی مشروعیت حکم ضرری، در احکام است.[۱] فقهای نامداری چون: علامه نائینی،[۲]

---

۱. انصاری، شیخ مرتضی، **رساله لاضرر**، ضمیمه مکاسب.

۲. نائینی، **منیة الطالب**، ج ۲، ص ۲۲۰.

محقق بجنوردی،[۱] آیت‌الله خوئی، و برخی از اساتید حقوق مانند دکتر جعفری لنگرودی[۲] نیز برهمین نظرند. این نظر می‌گوید: هر حکمی که از سوی شارع، تشریع می‌شود، اگر موجب ضرر، اعم از ضرر بر جان، یا مال باشد، حکم مذکور به موجب قاعده از عرصه تشریع و قانونگذاری مرفوع است. مثلاً اگر لزوم قراردادی، بر مبنای اصالة اللزوم، مستلزم غبن و خسارت باشد، حکم لزوم آن براساس قاعدهٔ لاضرر برداشته می‌شود. در این نظر واژه «حکم» در تقدیر گرفته می‌شود، بدین معنا که «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام»، در واقع می‌گوید: «لا حکم ضرریٌ فی الاسلام»، یعنی حکم ضرری در اسلام نیست، پس هر حکمی که از سوی شارع صدور یابد، در صورتی که مستلزم ضرر باشد، یا در جریان اجرای حکم موجب ضرر گردد، مطابق قاعده لاضرر آن حکم مرفوع می‌شود. بر این مبنا، وجوب وضو برای نمازگزار مسلم است، اما اگر حکم وجوب برای شخصی موجب ضرر شود، آن حکم به استناد قاعده برداشته می‌شود. در این نظر مسبب (ضرر) ذکر شده، اما، سبب یعنی (حکم) مورد اراده و نظر شارع می‌باشد. در حقیقت، نسبت ضرر با حکم ضرری، نسبت علت با معلول است. در بسیاری موارد معلول ذکر می‌شود ولی مراد اصلی علت است. در عبارت لاضرر هم، ظاهراً ضرر نفی شده، اما مقصود نفی حکم ضرری است.

لسان قاعدهٔ «نفی حرج» هم، که از تبار همین قاعده است، و مستقیماً از قرآن کریم برگرفته شده است، لسان نفی است، نه نهی. قرآن می‌فرماید: **«ما جعل علیکم فی الدین من حرجٍ»**:[۳] خداوند مشقت را بر شما مقرر نداشته است. به نظر برخی، این زبان، زبان نهی نیست.

۲ـ نفی حکم، به لسان نفی موضوع

نظر مرحوم آخوند خراسانی این است که مفاد قاعده، نفی حکم به لسان نفی موضوع است.[۴] در این نظر نفی ضرر (موضوع)، کنایه از نفی **احکام** ضرری است. ضرر نفی شده، نه حکم ضرری، چنانکه عقیده مرحوم شیخ انصاری بود، و چنین است عبارت: «لاشک لکثیر الشک»، و «لا ربابین الوالد و ولده»، که در این دو جمله غرض از نفی شک و نفی ربا نفی

---

۱. موسوی بجنوردی، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، ص ۱۸۲.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، منطق حقوق (**دائرة‌المعارف علوم اسلامی**، ج ۳، ص ۱۴۶۰).
۳. حج/ ۷۸.
۴. **کفایة‌الاصول**، ج ۲، ص ۲۶۸.

موضوع آن دو نیست، بلکه هدف نفی آثار آنهاست،[۱] چرا که خبر دادن از نفی موضوع آن دو (شک و ربا)، قطعاً صحیح نیست. معنی **لاشک لکثیر الشک** این است که شک شخصی که زیاد شک می‌کند، شک نیست. به تعبیر دیگر موضوعی که دارای حکمی است، اگر به‌عنوان اولی مستلزم ضرر باشد، حکم آن برداشته می‌شود. برای مثال، می گوئیم وضو واجب است. وضو «موضوع» و وجوب حکم آن است. اگر این وجوب، موجب ضرر شود، حکم آن برداشته می‌شود. پس در کلام شارع مقدس، نفی حکم هدف اصلی است، اما به لسان نفی موضوع.

تفاوت دو نظر

براساس دیدگاه محقق خراسانی، آنچه نفی و مرفوع شده «**موضوع**» حکم است. نه خود حکم. اما برپایه نظر شیخ انصاری، آنچه برداشته می‌شود «**حکم**» است، نه موضوع. ثمره اختلاف دو دیدگاه در جایی بروز می‌کند که موضوع ضرری نباشد، ولی حکم معنون به‌عنوان ضرر باشد. مثلاً در معامله غبنی، خود معامله موجب ضرر نیست (موضوع ضرری نیست)، لذا براساس نظر آخوند خراسانی، مشمول قاعده لاضرر نمی‌باشد.[۲] در این مثال حکم (یعنی لزوم بیع غبنی) موجب ضرر است. درحالی که براساس نظر شیخ، چون **حکم** است که مرفوع شده، و حکم لزوم بیع غبنی موجب ضرر است، علیهذا، بیع ضرری مشمول قاعده لاضرر می‌باشد، و براساس این قاعده حکم آن (لزوم) مرفوع می گردد.

در مثال وجوب وضو، آنچه احتمالاً موجب ضرر می‌شود، «موضوع» حکم، یعنی وضو است نه حکم وجوب، که بر پایه نظر صاحب کفایه چون «موضوع» ضرری است، و آنچه به‌موجب قاعده لاضرر منفی و مرفوع است، موضوع است، بنابراین مشمول قاعده واقع می‌شود.

۳ـ ضرر غیرمتدارک

براساس این نظر، لا در قاعدهٔ لاضرر، در معنای حقیقی خود به کار رفته، و «لا» نفی است، النهایه منظور از ضرر، ضرر جبران نشده و به اصطلاح «غیر متدارک» است. یعنی در اسلام، ضرر جبران نشده نیست. این دیدگاه می گوید، شارع مقدس، با این حکم، همگان را ملزم به جبران ضرر و زیان وارده می‌کند، و ضرر جبران نشده در آئین مقدس اسلام وجود

---

۱. از همین سنخ است عباراتی چون: «لاصلاة لجار المسجد الا فی المسجد»، و «یا اشباه الرجال و لا رجال.»

۲. درحالی که، به نظر شیخ اعظم، قوی‌ترین دلیل، برای اثبات «خیار غبن» که در تذکره علامه ذکر شده، قاعده «لاضرر و لاضرار» است (**مکاسب مُحَشّی**، شیخ انصاری، ج ۲، ص ۳۷).

ندارد،[1] و این معنا، کنایه از وجوب جبران و تدارک ضرر است.

بر این نظر ایراد کرده‌اند: که اگر لا، نافیه باشد و لا، در معنای اصلی و حقیقی خود (نفی) استعمال شده باشد، نظر فوق (ضرر غیرمتدارک) زمانی درست است که ضرر در عالم واقع، ازسوی افراد ضرر زننده، جبران شده باشد، که در این صورت می‌توان گفت: ضرر غیرمتدارک در اسلام یا در عالم واقع نیست، نه اینکه: «از حکم شارع، به وجوب تدارک ضرر، نتیجه بگیریم که در خارج ضرر غیرمتدارک نیست.» همچنین، حکم شارع به تدارک ضرر سبب نمی‌شود که وجود ضرر در خارج نفی گردد. افزون بر آن، گاه اساساً شارع حکم به جبران ضرر نکرده است. مثل ضرر ناشی از برخی رقابتها در عالم تجارت و ورود کالا و... که موجب ضرر دیگران می‌شود.[2]

۴ـ «لا» به معنی نهی

برخی معتقدند مفاد حدیث لاضرر، نهی خداوند از ایراد هرگونه ضرر است. در این حدیث شارع از خسارت زدن به دیگران نهی می‌کند، و «لا» در عبارت لاضرر و لاضرار، در معنای مجازی به کار رفته و در مقام نهی است، همان طور که قرآن کریم می‌فرماید:

«لا رَفَثَ و لافُسُوقَ و لاجدالَ فی الحجّ»[3] یعنی که: از کارهای زشت، و آمیزش با زنان، و جدال و ستیزه‌جویی، در حج خودداری کنید، و این همه نهی از زشتی‌ها است.

لسان روایاتی چون: **«لاضَرَرَةَ فی‌الاسلام»** و **«لا حِمی فی‌الاسلام»** و **«لاطاعَةَ لِمخلُوقٍ فی مَعصیت الخالق»**[4] و امثال اینها نیز، لسان نهی و منع است. میرفتاح مراغه‌ای (صاحب **عناوین**)، و شریعت اصفهانی[5] (**شیخ‌الشریعه**)، معتقد بر این نظرند. برخی چون صاحب **کفایه** ایراد کرده‌اند که بکاربردن «لا» در جمله اسمیه در معنای نهی، خلاف فصاحت است، اما همان‌گونه که دیدیم، این شیوه درقرآن کریم نیز نمونه‌هایی دارد.

آیت‌الله سیدمحمدحسن مرعشی (رضوان‌الله علیه)، از طرفداران همین نظر بود. ایشان می‌فرمودند: «روایت: **«انَّکَ رَجُلٌ مضار»** ظاهر در همین معنی است»، رسول اکرم خطاب به سمره فرمود: تو عنصر زیان‌رسانی هستی، و در اسلام ضرر زدن به دیگران نهی و

---

۱. نراقی، **عوائد الایام**، ص ۱۸ (مائده/۴).
۲. محقق داماد، **قواعد فقه**، بخش مدنی، ص ۱۵۱.
۳. بقره/۱۹۷ و طه/۹۷.
۴. ابن ابی الحدید، **شرح نهج البلاغه**، ج ۱۸، ص ۳۸۹.
۵. مرحوم شریعت اصفهانی، **رساله لاضرر**.

ممنوع است. استاد مرعشی،[1] در این مورد نوشته‌اند:

«... از دلیل لاضرر، استفاده یک کبرای کلی می‌شود، و آن این است که هیچ گونه ضرری از طرف هیچ‌کس نسبت به دیگری نباید واقع شود و انجام آن قبیح است. خواه آن ضرر از طرف مردم نسبت به یکدیگر باشد و یا از طرف شارع... به هرحال ضرر نباید حدوثاً موجود و بقائاً استمرار یابد، از طرف هرکس که بوده باشد... .»

در ادامه استاد با استناد به همین نظر، در مورد مسائل مربوط به «دیه» می‌فرماید:

«...اگر کسی جنایتی بر دیگری وارد کرد، و ضررهای غیرقابل تحملی وارد آورد طبق قاعده لاضرر، باید آن ضررها جبران گردد، خواه از راه دیه در صورتی که کافی باشد، و یا افزودن بر دیه، در صورتی که دیه کافی نباشد.»[2]

نظر حضرت امام خمینی (قدس سره)

الف: لاء ناهیه و نهی، نهی سلطانی و حکومتی است:

حضرت امام هم، «لا» را، در حدیث لاضرر به معنی نهی می‌دانند، اما نه نهی شرعی الهی که در سایر موارد مثل نهی از سرقت و دروغ و امثال اینها به کار رفته، بلکه نهی مولوی و حکومتی که از زمامدار یک ملت یا امت صادر می‌شود. نظر حضرت امام بر مقدماتی استوار است که ذیلاً توضیح داده می‌شود:

ب: شئون مختلف رسالت پیامبر (ص)

۱ـ شأن رسالت و نبوت: در عرصهٔ رسالت و شأن نبوت، آن بزرگوار پیام‌رسان و پیک الهی است، و آنچه از زبان رسول اکرم جاری می‌شود، فرامین و دستورات خداوند است. نقش پیامبر صرفاً تبلیغ و ابلاغ احکام شارع متعال **است.** این احکام اعم از احکام وضعی و تکلیفی و فرامین دیگر است.

۲ـ شأن ولایت و ریاست عامه: در این عرصه پیامبر به عنوان زعیم و رئیس جامعه اسلامی است، و آنچه در مقام ریاست و زعامت امت از او صادر می‌شود، احکام ولایتی و

---

۱. خداوند آن فقیه و استاد جلیل القدر را با محبان و محبوبانش قرین و محشور فرماید که به مصداق «اذا مات العالم، ثلم فی الاسلام ثلمةٌ، لایَسُدُّها شیٌ» جایش، در حوزه‌های علمیه و در دانشگاهها، خالی ماند. دانشمند متضلع و متواضع و فقیه زمان شناسی که: حقوق و فقه و اخلاق را، و صداقت و زهد و جلال و جمال را باهم داشت. چند روز قبل، خبر درگذشت آن بزرگوار را دریافتم که خبر تاب سوز و غم‌انگیزی بود. رضوان‌الله علیه.

۲. آیت‌الله مرعشی، سیدمحمدحسن، **دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام**، ص ۱۹۰، نشر میزان، ۱۳۷۳.

حکومتی است که برپایه رهنمودها و احکام قرآن، اطاعت، و تسلیم در برابر دستورات او بر مسلمانان واجب است، چرا که قرآن می‌فرماید: **«اطیعوا الله، و اطیعوا الرّسول، و اولی الامر منکم»**[۱ و ۲]

۳ـ شأن قضا و فصل خصومت: آیه ۶۵ سوره نساء بر شأن قضاوت رسول اکرم در جامعه مسلمانان ناظر است. می‌فرماید: **«فَلا و رَبِّکَ لایؤمنون حتی یُحکّموکَ فیما شَجَرَ بینهم، ثم لایَجِدُوا فی اَنْفُسَهِم حَرَجاً مِما قَضَیْتَ و یُسَلِّمواً تسلیماً»** یعنی که: چنین نیست، قسم به پروردگارت، مردم مؤمن حقیقی نیستند، مگر زمانی که تو را در میان خود و آنچه بر آن اختلاف دارند حاکم سازند. آنگاه نباید هیچ گونه حرج و دشواری بر خود راه دهند، به آنچه حکم کرده‌ای (باید فرمان برند) فرمان بردنی.[۳] در همین مورد قرآن کریم می‌فرماید: هیچ مرد و زن مؤمن را نرسد، وقتی که خدا و رسولش قضاوت کردند، نسبت به اوامر آنها اعمال نظر نمایند. هرکس در برابر اوامر خدا و رسول عصیان کند، در گمراهی بزرگی افتاده است.[۴] اوامر پیامبر در عرصه قضاوت هم، با احکام حکومتی متفاوت است. گفته‌اند:

«در این مرحله (مرحله قضاء)، اوامر و نواهی وی ارشاد به حکم الهی است، و چنانچه مخالفتی صورت گیرد، مخالفت با خداوند سبحان تلقی می‌شود، نه مخالفت با رسول، و چنانچه امر و نهی وی در مقام سلطنت و حکومت و زعامت باشد، امر و نهی رسول(ص) تلقی می‌شود...»[۵]

۴ـ روایاتی که با «قضی» و «امر» وارد شده است: با دقت در روایات وارده از پیامبراکرم(ص) و حضرت علی(ع)، ملاحظه می‌شود که این روایات با الفاظ «قضی»، «حَکَمَ» و «اَمَرَ» آمده است. این قبیل روایات به احکام حکومتی و سلطانی آن دو بزرگوار مربوط است، نه بیان و ابلاغ حکم شرعی الهی. در تأیید این نظر حضرت امام خمینی(ره) می‌فرمایند: این الفاظ از سایر معصومین و ائمه علیهم السلام وارد نشده است، چرا که آنها زعامت و حکومتی نداشتند. در مسند احمد بن حنبل، روایت از طریق عبادة بن صامت که از بزرگان و دانشمندان شیعه است به لفظ: **«و قضی ان لاضرر و لاضرار»** وارد شده است، که بر نهی سلطانی و

---

۱. بقره / ۵۹.

۲. در همین زمینه به: استاد شهابی، **ادوار فقه**، ج ۲ مراجعه فرمائید.

۳. نساء / ۶۵.

۴. احزاب / ۳۶.

۵. آیت‌الله بجنوردی، سیدمحمد، **قواعد فقه**، ص ۵۶ و ۵۷.

حکومتی دلالت می‌کند.[۱]

با توجه به مقدمات و توضیحات فوق، حضرت امام بر این نظرند که، لا در قاعده به‌معنای نهی سلطانی و حکومتی است، و بر همین اساس دستورات و فرامینی که در رابطه با جنگ و صلح، تعیین فرماندهان جنگی، احکام مربوط به نظم و امنیت و انتظام امور، خصوصاً با الفاظ «اَمَرَ» و حَکَمَ صادرمی‌شود، از جمله احکام حکومتی و در حوزه ریاست و زعامت امت است.[۲]

تفاوت نظر حضرت امام، با نظر شیخ انصاری و آخوند خراسانی روشن است، اما با نظر صاحب **عناوین** و شریعت اصفهانی هم تفاوت دارد، هر چند در استنباط معنای نهی اشتراک نظر دارند. شریعت اصفهانی «نهی» در قاعده را، نهی شرعی و الهی، چون سایر نواهی می‌داند، درحالی که امام خمینی، نهی را حکومتی و به لحاظ ریاست و زعامت عامه معرفی می‌کند. درواقع در نظریه شریعت اصفهانی، لا نفی جنس ضرر نمی‌کند، بلکه صرفاً ضرر زدن به دیگران را ممنوع اعلام می‌کند، و توانایی برداشتن احکام دیگر را ندارد. همان‌طور که دلیل روزه می‌گوید روزه واجب است، یا بیع لازم است، دلیل لاضرر هم می‌گوید ضررزدن به‌دیگران حرام است، و بر همین اساس این احکام با هم تعارضی ندارند. لیکن در نظریه حضرت امام چون «لا» لای نهی حکومتی و سلطانی است، با قاعده «**تسلیط**» و سلطه نامحدود افراد بر اموال خود تعارض پیدا می‌کند و محدوده سلطه افراد را معین می‌نماید. به تعبیر دیگر گسترهٔ اعمال حق و سوءاستفادهٔ از حق را محدود و مشخص می‌کند، همان گونه که مانع سوءاستفاده سمرة بن جندب گردید.

بر این اساس در نظر حضرت امام در سایر ابواب فقه، لاضرر نقشی ندارد، و در وضوی ضرری، یا در بیع ضرری نیازی به تمسک به قاعده لاضرر نداریم، بلکه این موارد دلایل خاص خود را دارد.[۳]

---

۱. امام خمینی، روح الله، **الرسائل**، ج ۱، ص ۵۰.

۲. امام خمینی، روح‌الله، **الرسائل**، قاعده لاضرر و لاضرار، ص ۶۳، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۵.

۳. محقق داماد، سیدمصطفی، **قواعد فقه**، بخش مدنی، ص ۱۵۹، نشر علوم اسلامی ۱۳۷۵.

فصل سوّم

ایرادهای وارد بر قاعده، و «تنبیهات»

ملاحظه

تعمق در نظرات مختلف دانشمندان و توجّه آنها به ابعاد و زوایای گونه‌گون قاعدهٔ لاضرر، نشان از عمق و عظمت این قاعده دارد. استنباطهای گونه‌گون فقها نشان می‌دهد که قاعده نقش کارسازی در تَفقُّه و اجتهاد داشته و می‌تواند در پویایی حقوق اسلامی تأثیرگذار باشد.

در میان نظرات، نظر شیخ اعظم انصاری همچنان جامع‌تر می‌نماید. براساس نظر «شیخ»، لا نافیه است و وجود هرگونه ضرر و ضرار را نه تنها در عالم تشریع و قانونگذاری، که در عرصهٔ اجراء و مناسبات اشخاص نیز نفی و طرد می‌کند. هرگونه ضرر اعم از ضررهای مالی، جانی، حیثیّتی و معنوی، شخصی و نوعی در این دیدگاه مردود است، و همان‌طور که قبلاً نیز اشاره شد، لسان و سیاق قاعدهٔ لاضرر، همان زبان قاعدهٔ نفی حرج است که قرآن کریم می‌فرماید: «**وَ ما جَعَلَ علیکُم فی‌الدین مِنْ حرج**»:[1] خداوند مشقّت و حَرَج را مقرّر نداشته است.[2] این زبان، زبان نفی و عدم مشروعیت ضرر و حرج است.

واردکردن سلسله اشکالهایی بر قاعدهٔ لاضرر، نشان دیگری از ژرف‌کاوی دانشمندان در مورد این قاعده است. در زیر برخی از این اشکالها را بررسی می‌کنیم:

---

۱. حج/ ۷۹، در همین مورد به سوره بقره آیه ۱۸۵ مراجعه فرمائید: «یریدَالله بکم الیُسرو...»

۲. طباطبائی، **المیزان فی تفسیرالقرآن**، و جعفری لنگرودی، **منطق حقوق**، ج ۳(همان)

۱ـ عدم شمول قاعده بر مورد خود

می‌گویند: قاعده حتّی بر مورد خود منطبق نمی‌شود، چرا که عبور سمرةبن‌جندب از مسیر منزل مرد انصاری، ضرر و زیان مادّی نداشت، و کافی بود عبور سمره تحریم شود و مانع رفت و آمد او شوند، و این در حالی بود که نخل خرما و باقیماندن آن در محل موجب خسارت و زیانی نمی‌شد، تا به استناد نفی ضرر «قلع» و از ریشه کنده شود، براین پایه، این قاعده حتّی مورد خود را فرا نمی‌گیرد! و در آن نوعی از تناقض دیده می‌شود. قاعده هرگونه اضرار را، به‌طور عام نفی می‌کند، امّا در دل همین قاعده و در اجرای آن، بر فرد دیگری ضرر وارد می‌شود که: «**اِذهبْ فاقلعها و ارْمِ بها وجْهَهُ**»!

در پاسخ به اشکال بالا گفته‌اند: در قضیّه سمره، ضرری که مطرح است، در واقع زیان مادّی نیست. شکایت مرد انصاری نشان می‌دهد که ضرر نوعی ضرر معنوی و حیثیتی است و مرد انصاری به رهبر مسلمین شکایت می‌کند تا پیامبر به تظلّم او رسیدگی کند. حتّی غرض قضاء و فصل خصومت نیست، زیرا که هم مرد انصاری و هم سمره حکم مورد را می‌دانند. در برابر تظلم انصاری، پیامبر سمره را احضار می‌نماید و سپس از او می‌خواهد که برای رفع نزاع، نخل را بفروشد و سمره نمی‌پذیرد. باز از سمره خواسته می‌شود که هنگام ورود به حیاط خانه مرد انصاری «**استیذان**» کند و اجازه بگیرد، باز هم نمی‌پذیرد و در نهایت سمره در برابر هر پیشنهاد یا درخواستی که از او می‌شود، مقاومت می‌کند، و در واقع بر ایراد ضرر معنوی به مرد انصاری همچنان اصرار می‌ورزد. در این مرحله پیامبر(ص) او را مرد «مُضارّ» می‌نامد و دستور قلع درخت را می‌دهد. مرحوم شیخ اعظم شاید در همین مرحله است که می‌گوید:

علت عبور سمره، بدون استیذان از مرد انصاری، در نهایت وجود درخت بوده است. و علّت اصلی ضرر، با نفی ضرر و ضرار معدوم و نفی می‌شود.[1]

در واقع با کندن و ریشه‌کن کردن مادّه اصلی ضرر و نزاع، شاکی از مزاحمت و استمرار زیان آسوده شده است. برخی نیز گفته‌اند که احتمال دارد، براثر تمرّد سمره در پیشگاه پیامبر(ص)، حکم کافر حربی را پیدا کرده، و قهراً اموال متعلق به او دیگر دارای احترام نبوده است.[2] این تمرد و امتناع نظایری نیز دارد، دکتر لنگرودی می‌نویسد:

«در مورد طلاق حاکم به تقاضای زوجه، این حدیث دیده می‌شود: **مَتی اَمَرَهُ امامُ**

---

۱. انصاری، شیخ مرتضی، **رساله لاضرر**.

۲. بجنوردی، سید محمد، **قواعد فقهیّه**، ص ۶۲.

المسلمین بالطّلاقِ، فَامتنَعَ، ضُربَ عُنقه، لِامتناعِهِ عَلی امامِالمسلمین.»[۱]

شاید با توجّه به همین روند، و امتناع و تمرّد است که حضرت امام خمینی، عبارت «**لاضَرَرَ ولاضرار**»، را نهی سلطانی و حکومتی می‌دانند، هرچند عبارت اختصاص به مورد ندارد و قضیّه بصورت قضیّهٔ حقیقیّه است.

جمله یا قاعدهٔ «**لایُزالُ الضررُ بالضّرر**» هم، حاکی از همین اشکال مذکور است. امّا همان‌گونه که خواهیم دید، قاعده لایزال، در عرصه تمرّد و امتناع آن هم در برابر پیامبر(ص) نیست. چرا که تمرّد سمره، نشان می‌دهد که اگر ممنوع از عبور هم می‌شد، باز داستان ضرار و اذیّت همچنان ادامه می‌یافت، و شاید به همین دلیل، جز قلع درخت یعنی مادّه نزاع راه دیگری نبود.

۲ـ تخصیص اکثر

می‌گویند، قبول قاعده لاضرر، موجب تخصیص اکثر است و کثرت تخصیص موجب «**وهن قاعده**» می‌شود. توضیح اینکه اگر بگوئیم، مراد از نفی هرگونه ضرر و ضرار در فرموده پیامبر، نفی تمامی احکام ضرری است، در این صورت در اکثر احکام مثل: حج، جهاد، خمس، زکات، ضمانات، نفقه، دیات، تعزیرات و...، با مشکل مواجه می‌شویم، و اگر بگوئیم همهٔ این موارد تخصیص خورده و استثناء شده است، تخصیص اکثر لازم می‌آید که موجب تزلزل و وهن قاعده است. در تخصیص اکثر، موارد استثنا شده، چنان گسترش می‌یابد که بر موارد مشمول قاعده فزونی پیدا می‌کند.

در پاسخ به این اشکال، وجوه گوناگونی نقل شده است. برخی گفته‌اند که احکامی مانند جهاد، خمس، زکات، حج و امثال اینها اساساً مبتنی بر ضررند، و همواره و در همه حال بنای اینها بر ضرر است و حکمت یا علّت تشریع در این موارد با ضرر ملازمه دارد. در چنین مواردی، بحث از خروج موضوعی است. یعنی این موارد تخصّصاً خارج از موضوع هستند. به تعبیر دیگر «تخصیص»[۲] و استثناء از عموم عام صورت نگرفته است، و آنچه موهون و مُستهجن است، تخصیص اکثر است که قاعده را هم از قاعده بودن فرو می‌کاهد و آن را موهون و متزلزل می‌کند:

---

۱. **بحرالعلوم**، سیدعلی، ص ۱۷۴، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۴ هـ.

۲. تخصیص، اخراج برخی مصادیق از حکم عام است، در حالی که تخصّص، خروج موضوعی است، مانند اینکه بگوییم: اکرم‌العلماء، آنگاه گفته شود: زیدٌ لیس بعالم.

«یک حکم باید دارای دو حالت ضرری و غیر ضرری باشد، تا لاضرر نسبت به احکام ضرری تقیید کند، و یا عموم را تخصیص بزند و خارج کند، امّا اگر حکمی تنها یک حالت و یک صنف دارد که دائماً ضرری است، معنی ندارد که سخن از تقیید و تخصیص به میان آید، چون تخصّصاً خارج است.»[۱]

شیخ انصاری، در پاسخ به اشکال یاد شده می‌فرمایند که: کثرت تخصیص وقتی مستهجن است که تخصیص افرادی باشد، و افراد تخصیص یافته بیشتر از افراد عام باشند، این امر موهون است، امّا اگر تخصیص به صورت انواعی باشد، و این تخصیص به افراد زیادی تحت یک نوع و یک عنوان بخورد و انواع یا عناوین محدود باشد، استهجانی نخواهد داشت.[۲و۳]

برخی دیگر گفته‌اند: ضرر یک مفهوم عرفی است، و عرف احکام به ظاهر ضرری را که دارای منافع زیاد است، ضرر نمی‌شمارد. دادن نفقه از سوی مرد، یا مسئله ضمان و یا مقوله جهاد که ظاهراً ضررهای جانی و مالی هم در بر دارد، در مجموع، و در دیدگاه عرف ضرری محسوب نمی‌شود، و این موارد اساساً خارج از موضوع ضرر می‌باشند.[۴]

۳ـ قاعده تنها نهی حکم می‌کند

مرحوم میرزای نائینی و پیروان او بر این نظرند که قاعدهٔ لاضرر همواره به صورت معارض وارد میدان می‌شود، و عمومات و اطلاقات احکام موجود دیگر را مضیّق، و در حالت ضرری بودن، آنها را محدود می‌کند. براین اساس قاعده تنها ناظر به احکام مجعوله از سوی شارع مقدس، برحسب اطلاق یا عموم ادلّه است که در یکی از دو حالت خود ضرری است. به تعبیر دیگر: قاعدهٔ لاضرر تنها «نقش بازدارنده دارد، نه نقش سازنده.»[5] بیان محقق نائینی رضوان‌الله‌علیه این است:

«مُفادُالحدیثِ، رفعُ الحکمِ الثابّت. فَیَجبُ اَنْ یکونَ هُناکَ، حکمٌ ثابتٌ عَلی

---

۱. بجنوردی، **قواعد فقهیّه**، ص ۶۵.

۲. **مکاسب**، شیخ مرتضی انصاری، قاعده لاضرر.

۳. زنجانی، عمید، **قواعد فقه**، بخش حقوق خصوصی، ج ۱، ص ۱۱۶، سمت.

۴. محمدی، ابوالحسن، **قواعد فقه**، ص ۱۶۵، ۱۳۸۰.

۵. جعفری لنگرودی، **منطق حقوق**، ص ۱۴۶۵، سال ۱۳۶۱ (چاپ اوّل).

وجه‌العموم، و کانَ بعضُ مَصادیقِهِ ضَرَرّیاً، حَتی یرتفعَ به لاضرر.»[1]

محقق نائینی می‌گوید: در صورتی که قاعدهٔ لاضرر نقش سازنده داشته باشد، و در موارد عدم حکم هم ایفاء نقش کند، فقه جدیدی شکل می‌گیرد. «فقه جدید»، همان احتیاط به‌مورد، یا حتی گاه ترسی که به‌مثابه شمشیر دولبه است که در برخی موارد موجب رکود و ایستایی فقه هم می‌گردد. همان‌طور که استاد لنگرودی اشاره می‌کند،محقق نراقی، در کتاب **عوائدالایام** بر همین نظر رفته و دانشمندان و فقهای پس از او نظر یاد شده را فربه‌تر کرده‌اند. نراقی در همین خصوص می‌نویسد:

«اِنّ نَفیَ الضرّر، انّما یَصْلَحُ دلیلاً لنفیِ الحکم، اِذا کانَ مُوجباً لِلضّررِ، وَ امّا اِثباتُ حُکم و تعیینُهُ فلا، بل التعیینُ مُحتاجٌ اِلی دلیلٍ آخَرَ.»[2]

آن‌گونه که ملاحظه می‌شود، نویسنده دانشمند **عوائدالایام** هم، قلمرو قاعدهٔ لاضرر را تنها نفی حکم موجود ضرری می‌داند و در عرصه اثبات حکم، قاعده را صالح نمی‌شمرد.

این نظر در واقع اشکال دیگری است بر گستره قاعده، و میدانهای آزاد حقوقی و به‌اصطلاح «عدم‌الحکم» را از سیطره قاعده برکنار می‌داند. این نظر می‌گوید، اگر زوج (برای مثال) از دادن نفقه به زوجه خودداری کند، و زوجه در معرض ضرر و مشقّت قرار گیرد، با استناد به لاضرر نمی‌توان به جواز طلاق زوجه حکم صادر کرد. یا فرض کنیم اگر، راننده اتومبیلی که تنها ظرفیّت دو تن بار دارد، ده تن بار زد و موجبات ضرر دیگران فراهم ساخت، در چنین مواردی نمی‌توان به قاعده لاضرر استناد کرد، چرا که این قاعده فقط تخریب کننده است، و نه مُشرّع یا سازنده حکم.

در برابر این نظر، دانشمندان نامداری چون صاحب **عناوین**[3] حضرت شیخ‌انصاری،[4] سیّدمحمدکاظم یزدی،[5] میرزای قمی[6] و از معاصران آیت‌الله سیستانی و مکارم شیرازی[7] و

۱. نائینی، **تقریرات منیةالطالب**، ج ۲، ص ۲۲۱.

۲. نراقی، ملااحمد، **عوائدالایام**، ج ۱، ص ۵۵.

۳. مراغه‌ای، میرفتّاح، **عناوین**، ج ۱، ص ۳۲۲.

۴. انصاری، شیخ مرتضی، **مکاسب** (ملحقات) همان.

۵. طباطبائی یزدی، محمد کاظم، **ملحقات عروةالوثقی**.

۶. قمی، میرزا ابوالقاسم، **جامع الشتات**.

۷. مکارم شیرازی، ناصر، **قواعدالفقهیّه**، جزء اول، ۱۳۸۲، ص ۷۴.

شادروان استاد مرعشی،[۱] و از حقوقدانان دکتر لنگرودی،[۲] معتقدند که قاعد، همان‌طور که نفی حکم می‌کند، توان اثبات حکم هم دارد، و به اصطلاح قاعده، شامل «عدمیّات» هم هست. دلایل طرفداران این نظر، که در عین حال پاسخ به اشکال محدودیت گستره قاعده هم هست، این است که:

اوّل ـ می‌گویند: ضرر چه از ناحیه شارع مقدّس باشد، و چه از ناحیه مردم به یکدیگر، و حتی از ناحیه شخص بر خویشتن، منفی و مردود است. اگر این ضرر به دلیل عدم حکم هم وارد شود، در هر حال ضرر است. در همین زمینه آیت‌الله مکارم نوشته‌اند:

استناد ضرر به شارع یا مکلّفان منحصر به امور وجودی نیست، مثلاً وظیفه قانونگذار یا حکومت و والی، وضع قوانین و مقررات لازم، تأمین امنیّت، داشتن ارتش برای دفاع از کشور است.[۳] حال اگر در نتیجه بی‌کفایتی دولت یا حکومت، و یا قصور و تقصیر آن، هرج و مرج، عدم امنیّت و بی‌نظمی و سرقت و حیف و میل و تلف اموال مردم تحقق پیدا کند و ضرر و زیان به‌آحاد ملّت وارد شود، آیا به این عنوان که قاعدهٔ لاضرر تنها نفی حکم می‌کند و نه اثبات حکم، می‌توان بار مسئولیت را فرو نهاد و وجدانها را اقناع کرد؟ خصوصاً در مورد زیانی که نتوان از قاعدهٔ اتلاف و تسبیب هم مدد گرفت. قاعده عمومیّت دارد و شامل عدمیّات نیز می‌گردد.

دوّم ـ می‌گویند: به فرض که قاعده لاضرر، به دلالت لفظی شامل موارد عدم‌الحکم نشود، می‌توان با تنقیح مناط و الغاء خصوصیّت ضرر، استناد کرد.[۴]

سوّم ـ برخی دیگر می‌گویند: این استدلال که نقش قاعده تنها منحصر به مواردی است که حکمی وجود داشته باشد، به دلیل نفی حرج نقض می‌شود. قرآن می‌فرماید: «**ما جَعَلَ علیکم فی‌الدین مِن حرج**»،[۵] فرقی بین نفی حرج و نفی ضرر از این حیث نیست. معصوم(ع) وجوب مسح بر «مِراره» را درباره کسی که انگشت او زخمی شده بود، با استناد به آیه قرآن تجویز فرمود و اضافه کرد: «یُعرَفُ هذا و اشباهُهُ مِن کتاب‌الله»! به گفته استاد مرعشی(ره):

«اگر اثبات وجوب مسح بر مراره از نفی حرَجَ استفاده می‌شود، چه مانعی دارد که از

---

۱. مرعشی. محمدحسن، **دیدگاههای نو** در حقوق کیفری.
۲. جعفری لنگرودی، همان.
۳. مکارم شیرازی، همان، ص ۷۹.
۴. محمدی، **قواعد فقه**، ص ۱۶۸.
۵. حج/۷۸.

دلیل نفی ضرر نیز وجوب پرداختن کلیّه خسارتهای وارده به مجنی‌علیه استفاده شود»[۱] آن زنده یاد، این مطلب را در مسئله پرداخت ضرر و زیان وارده بر مجنی‌علیه، علاوه بر مقدار دیه، عنوان می‌فرمود.

چهارم ـ می‌گویند: در اکثر موارد که به ظاهر حکمی وجود ندارد، می‌توان حکمی را ثابت فرض کرد، مانند: «حرمت در مورد طلاق حاکم، و برائت ذمّه» در مثالهایی مانند اینکه: محبوس کردن شخصی منجر به تلف اموال وی گردد. در این موارد قاعدهٔ لاضرر، حرمت یا برائت یا حکم دیگر را برمی‌دارد و مقتضای این رفع، جواز طلاق، و ضمان در موارد دیگر خواهد بود.[۲]

پنجم ـ می‌گویند: تعلیق حکم بر وصف مشعر بر علیّت است.[۳] حکم همان نفی ضرر است، و علّت حکم وجود ضرر، و علت هر کجا باشد معلول یعنی حکم را در پی می‌آورد. از این نظر باید گفت قاعده منحصر به نفی احکام ضرری نیست.

ششم ـ می‌گویند: «پایه قاعدهٔ لاضرر، روی عقل نهاده شده است»،[۴] و قواعد عقلی تخصیص را برنمی‌تابند. براین اساس می‌توان گفت، نه فقط قاعده اختصاص به ضرر شخصی ندارد، و نه تنها منحصر در نفی احکام ضرری موجود نیست، بلکه شامل عدمیّات هم می‌شود.

با توجه به دلایل مذکور، فقهای شیعه، برپایه قاعدهٔ لاضرر، در میدانهای آزاد حقوقی و در عرصه اثبات حکم، با استناد به قاعده، حکم به پرداخت مال، یا هرگونه خسارتی صادر کرده‌اند:

میرزای قمی در پاسخ سؤال از «حق‌الزحمه» قیّم می‌گوید:[۵] قیم مستحق اجرت‌المثل است، و به هرحال عمل غیرمحترم است. مفروض این است که تبرعاً اقدام نکرده، اگر قائل به اجرت قیّم نباشیم، اضرار لازم می‌آید. در صورت ترک عمل هم، اضرار یتیم لازم می‌آید، و ضرر در اسلام منفی است.

فتوای معروف سیّد محمدکاظم یزدی، در مورد جواز طلاق زوجه، در صورت غیبت

---

۱. آیت‌الله مرحوم مرعشی، **دیدگاههای نو در حقوق کیفری**، ص ۱۹۲.

۲. عمید زنجانی، عباس علی، **قواعد فقه**، ج ۱، ص ۱۱۹، سمت، ۱۳۸۶.

۳. جعفری لنگرودی، **منطق حقوق، دائرةالمعارف علوم اسلامی**، ص ۱۴۶۹.

۴. همان، ص ۱۴۶۷.

۵. قمی، میرزا ابوالقاسم، **جامع الشتات**، ص ۲۱۶.

طولانی زوج، و یا ترک انفاق او که موجب ضرر و حرج زوجه می‌گردد، نیز برمدار همین قاعده و یا قاعدهٔ نفی حرج است. نوشته‌اند که در صورت فقر زوج، یا استنکاف او از دادن نفقه، برخی به قاعدهٔ لاضرر و لاحرج تمسک کرده‌اند. این مطلب در مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی منعکس شده است.[۱] و همان‌طور که دیدیم، آیت‌الله مرعشی، خسارات زائد بر دیه را که بر مجنی‌علیه وارد گردیده، با استناد به همین قاعده قابل جبران می‌داند.[۲]

۴ـ ضرر شخصی؛ ضرر نوعی

سؤال این است که مراد از «ضرر» در قاعده، که منفی اعلام شده، ضرر شخصی است یا ضرر نوعی؟ ضرر در صورتی شخصی است که در ارتباط با شخص خاص و در مورد خاص، زیان‌بار باشد. برای مثال، کسی که مال خود را در خطر می‌بیند و نگهداری آن را خسارت‌بار می‌شمرد، و در نهایت با قیمتی کمتر از قیمت روز بازار می‌فروشد، این خرید و فروش نوعاً زیان‌بار است، امّا در خصوص شخص خاص که اصل مال را در معرض صدمه و هلاک می‌بیند، ضرر محسوب نمی‌شود. براین اساس ممکن است حکمی نسبت به شخصی ضرری باشد، و نسبت به دیگری ضرری نباشد، که این همان «ضرر شخصی» و موردی است. برخی از دانشمندان معتقدند که منظور از ضرر در قاعده تنها ضرر شخصی است و این گونه استدلال می‌کنند که: «این عقیده ناشی از صدق عرفی کلمه ضرر، و در مقام امتنان بودن جعل قاعدهٔ لاضرر» است.[۳] این استدلال صحیح به نظر نمی‌رسد، چرا که ضرر نوعی هم صدق عرفی دارد. از سوی دیگر در مقام امتنان بودن هم، منافی با «ضرر» بودن ضرر نوعی نیست. عرف ضرر نوعی را هم در هر حال ضرر می‌شمارد. افزون براین، برخی از روایات، دلالت بر ضرر نوعی دارد، مثل اجرای حد بر زن باردار، که معیار را ضرر نوعی گرفته، و خصوصاً در مرحلهٔ تشریع نوع زنان را مورد حکم قرار می‌دهد، به خبر زیر توجّه کنیم:

«سَئَلْتُ اباعبدالله(ع) عَنْ محصنةٍ زَنَت وَ هِیَ حُبلی. قال تقرّ حتّی تصنَعَ ما فی بطنها، و تَرضَعَ ولدَها، ثمّ تَرجَم»[۴]

این روایت و امثال آن نشان می‌دهد که عدم مشروعیت ضرر چه در مرحلهٔ تشریع و چه

۱. طباطبائی یزدی، **عروةالوثقی** و محمدی (همان) ص ۱۶۹.
۲. مرعشی، سید محمدحسن، **دیدگاههای نو**، ص ۱۹۳ و بعد.
۳. محمدی، ابوالحسن، همان، ص ۱۷۰.
۴. جعفری لنگرودی، **دائرةالمعارف علوم اسلامی**، ج ۳، ص ۱۴۵۱، به نقل از **جواهرالکلام**.

در مرحلهٔ اجرا، مورد نظر شارع بوده است. امّا در مراحل تشریع، غالباً ضرر نوعی منظور است. هر قانونگذاری نیز در مرحلهٔ انشاء قانون و تصویب آن «نوع» را ملاحظه می‌کند.

۵ـ ضرر و عدم النفع

ضرر را غالباً، نقص در جان، یا مال و یا آبرو و حیثیت می‌دانند، امّا «عدم‌النفع»، پیشگیری و ممانعت از حصول «نفع» است. با توجه به همین توضیح برخی می‌گویند، قاعده لاضرر بنابه دلالت لفظی، شامل عدم‌النفع نمی‌شود. لیکن باید توجّه داشت که گاه عرف عدم نفع را هم ضرر می‌داند، و چون اساساً «ضَرَر» یک مفهوم عرفی است، باید دید عرف در چه مواردی عدم منفعت را ضرر به حساب می‌آورد؟ معمولاً فقهاء و حقوقدانان، «عدم‌النفع مسلّم» را ضرر محسوب می‌کنند. در تعریف عدم‌النفع گفته‌اند: «ممانعت از نفعی است که مقتضی قریب آن حاصل شده است.»[1] به مثال‌های زیر توجه کنیم:

کسی، مالک را از فروش کالای خود منع می‌کند و او را از هر اقدامی بازمی‌دارد، به‌گونه‌ای که او (تاجر) نمی‌تواند بموقع و با نرخ بهتر و برتری کالای خود را بفروشد. **صاحب جواهر** می‌گوید، مفهوم اضرار در اینجا بر عدم‌النفع صدق می‌کند، و قاعده لاضرر شامل آن می‌شود.[2]

کسی، دیگری را به نحوی محبوس یا بازداشت می‌کند، و او را از رسیدگی به امور خود باز می‌دارد، و از تحصیل منافعی مانع می‌شود. یا تاجری کالایی را سفارش می‌دهد، و متعهد از ارسال بهنگام کالا سر باز می‌زند و تاجر منافع مختلفی را از دست می‌دهد. اکثر این موارد را عرف «عدم‌النفع» مسلّم می‌شمارد که منطبق بر ضرر است، و قاعده موارد یاد شده را فرا می‌گیرد. امثال و نظایر مثالهای یاد شده، فراوان است. قانون مدنی در مادّه ۲۲۶ مقرّر می‌دارد:

ایفاء تعهّد اگر مدّت داشته باشد، و مدّت منقضی شده باشد، متعهدٌله می‌تواند ادعاء ضرر و خسارت کند.[3]

توجه به مثالها، معنای «مقتضی قریب» را نشان می‌دهد.[4]

---

۱. «بل یُعَدُّ عرفاً عدم‌النفع، بعدَ تمامیّة المقتضی لَهُ مِنَ الضَرَر ایضاً» نائینی، **منیة‌الطالب**، ج ۲ ص ۱۹۹.

۲. نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۶، ص ۸۵.

۳. قانون مدنی، به مادّه ۲۲۶ مراجعه شود.

۴. امّا گاه مقتضی قریب شکل نگرفته است. مثلاً در بازداشت کسی که بیکار است، این اقتضا وجود ندارد هر چند ممکن است «ضرر و زیان معنوی» محسوب گردد، یا زیر عنوان دیگری، تخلّف و جرم شمرده شود.

فصل چهارم

چگونگی تقدّم قاعده بر ادلّه احکام

برخی از دانشمندان، نظر به امتنانی بودن قاعدۀ لاضرر، آن را بر سایر ادلّه مقدّم می‌دارند. می‌گویند: نفی حکم ضرری، لطف و امتنان از سوی شارع مقدّس نسبت به مکلّفان است، و برهمین پایه قاعده لاضرر بر ادلّه احکام دیگر متقدّم است. به نظر بعضی این دیدگاه از قوّت چندانی بهره ندارد، زیرا که کلیّه قواعد و احکام، بلکه اساس «ارسال رسولان»، همه لطف و امتنان است. مگر می‌شود گفت مثلاً «قاعدۀ تسلیط» خالی از لطف است. میرداماد[1] فیلسوف فقیه، و فقهای دیگر همواره می‌گویند: «**الاحکام السمعیّة، الطافُ لِلاحکام العقلیة**»! کلیّه احکام سمعی لطفی است، بر عقل و احکام عقلی. پس امتنانی دانستن قاعده، و براین اساس توجیه کردن تقدّم آن بر سایر ادلّه پایه محکمی نخواهد داشت. نتیجه اینکه علّت تقدّم را، با دقت در نظریاتی که در معنا و تفسیر قاعده ارائه شده، باید جستجو کرد:

به نظر فقیهانی چون شریعت اصفهانی که «لا» در قاعده را «نهی الهی» و شرعی می‌دانند، لاضرر همچون سایر احکام است، و تقدّمی بر ادلّه دیگر ندارد: دلیل وضو می‌گوید، وضو واجب است، دلیل بیع می‌گوید، وفای به‌عهد و پیمان واجب است، و حدیث لاضرر هم می‌گوید، وارد کردن زیان به دیگری حرام است. بدیهی است که چنین حکمی هیچگونه جهت موضع‌گیرانه (تعارض) با سایر احکام ندارد.[2] نتیجه آنکه در نظر این فقهاء، لاضرر تقدّمی بر

---

۱. داماد، میر محمدباقر، **جذوات**، ص ۶۵ بی‌جا (می‌گوید: واجبات سمعیّه مقرّب نفس است بر واجبات‌عقلیه).

۲. محقق داماد، سیّدمصطفی، **قواعد فقه**، همان، ص ۱۵۸.

سایر ادلّه ندارد.

از دیدگاه حضرت امام خمینی که «لا» را ناهیه، و نهی را نهی سلطانی و حکومتی تفسیر می‌کنند، قاعدهٔ لاضرر، تنها با قاعدهٔ «تسلیط»، در مقام عمل و اجرا تعارض پیدا می‌کند، و گسترهٔ قاعده تسلیط،[1] را محدود و مضیّق می‌کند. به تعبیر دیگر، پیامبر اکرم(ص) در عرصه سوءاستفادهٔ سمرة بن جندب از قاعده تسلیط، به عنوان رئیس و حاکم اسلامی،[2] صرفاً به‌محدودیت دایره این سلطه نظر داشته، و سوءاستفاده از قدرت ناشی از اقتدار مالکانه را با ترازوی «لاضرر ولاضرار» تنظیم و «سوءاستفاده از حق» مالکیت را نهی و منع فرمودند. برمبنای این نظر قاعدهٔ لاضرر، تنها بر قاعده تسلیط نظارت و حکومت دارد،[3] و «تعارضی با ادلّه دیگر پیدا نمی‌کند»، و در ابواب دیگر فقه نقشی ندارد، بلکه در آن موارد از ادلّه دیگر استفاده می‌شود و وضوی ضرری یا روزه ضرری، دلایل خاص خود را دارد.

برخی از اساتید که «لا» در قاعده را لای نفی می‌دانند، در وجه تقدیم قاعدهٔ لاضرر بر ادلّه اولیّه نوشته‌اند: «بی‌تردید میان قاعدهٔ لاضرر و این ادلّه عموم و خصوص من‌وجه است. زیرا ممکن است که حکم اولی باشد و ضرری در میان نباشد، یا ضرر وجود داشته باشد. مثلاً دلیل وجوب وضو، چه در حالت ضرری، و چه در حالت غیرضرری، بر وجوب وضو دلالت می‌کند، و لاضرر حاکی از نفی حکم ضرری است، و حکم وضوی ضرری را نفی می‌کند. براین اساس در موردی که اجتماع حکم اوّلی و قاعده وقوع یابد، تعارض پیش می‌آید، بدین‌معنی که:

«به مقتضای ادلّه اولیه، امر واجب باید انجام یابد، و به مقتضای قاعدهٔ لاضرر آن واجب باید طرح شود و چون این دو تعارض و تصادم دارند، مقتضای قاعده تساقط دو دلیل متعارض است.»[4]

و در این حالت وجه تقدیم قاعده این است که قاعده لاضرر بر ادلّه اولیّه حکومت دارد. امّا باید دقت کنیم که **حکومت** چیست، و مبنای حکومت قاعده‌ای بر قاعده دیگر چگونه است؟

---

۱. «النّاسُ مُسلّطون عَلی اموالهم.» (از حق نباید گذشت که معارضه لاضرر با تسلیط هم میدان وسیعی دارد.)

۲. امام خمینی، **الرسائل**، ص ۱۳۱ و بعد.

۳. نوحی، حمیدرضا، **قواعد فقهی در آثار امام خمینی (ره)**، ص ۳۹، نشر عروج، ۱۳۸۶.

۴. بجنوردی، **قواعد فقه**، ص ۶۵.

۱ـ حکومت[۱]

دانشمندان می‌گویند: اگر دلیلی **ناظر** و **مفسّر** دلیل دیگر باشد و مضمون دلیل «محکوم» را شرح و تفسیر کند آن دلیل دوّم «حاکم» بر دلیل اوّل است، و این حالت را «**حکومت**» نامند.

دلیل حاکم ممکن است موضوع دلیل دیگر را تفسیر کند یا محمول آن را، همان‌طور که ممکن است با تفسیر خود، دلیل محکوم را توسعه دهد یا در آن محدودیّت و اختصاص به‌وجود آورد.[۲]

برای مثال: دلیلی می‌گوید، «**همه دانشمندان را احترام کنید**» که عام است و تمام دانشمندان را فرا می‌گیرد، و دلیل دیگر می‌گوید، «هیچ فاسقی دانشمند نیست.» دلیل دوّم به‌دلیل نخست نظر دارد و آن را تفسیر می‌کند و حاکم برآن است. در حقیقت مراد این است که وجوب اکرام، به دانشمند عادل محدود شود.[۳]

---

۱. آن‌گونه که استاد مظفر در کتاب **اصول‌الفقه** می‌نویسد، مبتکر دو مسئله مهّم «حکومت و ورود»، حضرت شیخ مرتضی انصاری است که به گفته استاد مظفر باب جدیدی را در مسیر اجتهاد و استنباط احکام گشود، هرچند در عبارات صاحب **جواهر** نیز گاهی این واژه‌ها کاربرد داشته است. امّا شیخ اعظم انصاری این بحث (حکومت و ورود) را شکوفا و برجسته کرده است. در اهمیّت این بحث استاد مظفر خاطره یا رخدادی را ذکر می‌کند که شایسته توجه است. می‌گوید: روزی میرزا حبیب‌الله رشتی (از رهبران نامدار مشروطه) در جلسه درس محقق نجفی صاحب **جواهر** حضور داشته که حضرت شیخ انصاری نیز در آن جلسه به عنوان مستمع در جمع شاگردان بوده است، و این زمانی اتفاق می‌افتد که هنوز شیخ آوازه‌ای نداشته است. صاحب **جواهر** مطلبی را مطرح می‌کند و در زوایای کلام می‌گوید: این دلیل برفلان دلیل مقدّم است. میرزای رشتی، از شیخ می‌پرسد، رمز تقدّم دلیلی بر دلیل دیگر چیست؟ شیخ می‌گوید: یعنی دلیلی بر دلیل دیگر **حاکم** است. میرزا با شگفتی می‌گوید: حکومت چیست؟ شیخ پاسخ می‌دهد: باید شش ماه در جلسات درس من حضور یابی تا با حقیقت بحث **حکومت** آشنا شوی! و...

آنگاه مظفر می‌نویسد: «موضوعی که باید این همه در پیرامونش کنکاش و گفتگو شود و سزاوار است کتابهای فراوانی در آن مورد پرداخته شود، متأسفانه در کتابهای فقهی و اصولی بحث جامع و وافی ندارد، در نتیجه این موضوع همچنان مبهم مانده، اگرچه متأخرین تا حدودی زوایای بحث را روشن کرده‌اند، امّا بحث منقح و جداگانه‌ای در این زمینه صورت نگرفته است و...

غرض از ذکر توضیحات بالا، اهمیّت بحث حکومت و ورود است. و اینکه چرا دلیلی بر دلیل دیگر حاکم می‌شود. در ادامه بحث، به گوشه‌هایی از این مسئله می‌پردازیم. (**اصول‌الفقه**، ج ۲، ص ۲۳۵ ـ ۲۲۰).

۲. فیض، دکتر علیرضا، **مبادی فقه و اصول**، ص ۳۴۸، انتشارات دانشگاه، ۱۳۷۴.

۳. یا دلیلی می‌گوید: «الخمرُ حرام»، و دلیل دیگر مقرّر می‌دارد: «الفُقّاع خمرٌ.» دلیل دوّم حاکم بر اولی است، و محدودهٔ آن را توسعه می‌دهد.

استاد مظفّر می‌نویسد: «حکومت عبارت است از اینکه: یکی از دو دلیل به خاطر سیطره و غلبه‌ای که به لحاظ اداء مطلب دارد بر دیگری مقدّم شود، و به همین خاطر این تقدیم، حکومت نامیده شده است.»[1]

و جالب این است که در ادامه می‌افزاید: توجّه و دقت ارزشمند شیخ این است که مبحث **حکومت** و ورود را به عنوان نوعی از ادلّه مطرح کرده است، زیرا ایشان (شیخ انصاری) در تحقیقات خود به این نکته ظریف رسید که حق دلیل «حاکم و وارد» این است که بر ادلّه دیگر مقدّم شود. با اینکه این دلیلها نسبت به سایر ادلّه از قبیل خاص و عام نیستند (که مطابق قواعد خاص بر عام مقدّم شود). هرچند ممکن است که گاه بین آنها نسبت عام و خاص من‌وجه حاکم باشد.[2]

آنگاه شارح اصول فقه اضافه می‌کند:

«تقدیم دلیل حاکم بر محکوم، نه از ناحیه مرجّحات سندیّه است که کسی بگوید سند دلیل حاکم رجحان داشته، لذا مقدّم شده، بلکه اگر سند دلیل حاکم مرجوح هم باشد باز مقدّم می‌شود بر دلیل محکوم، و نیز این تقدیم نه از جهت عام و خاص بودن است، که چون دلیل حاکم خاص و دلیل محکوم عام است، **یُقدّم الخاصُ علی‌العام**، بلکه اگر دو دلیل حاکم و محکوم عام و خاص من‌وجه هم باشند، باز دلیل حاکم بر دلیل محکوم تقدّم دارد. و نیز این تقدّم نه از باب این است که دلیل حاکم با دلیل محکوم تعارض نموده، ولی چون دلیل حاکم حجّت است و دلیل محکوم **لاحُجّة**، لذا دلیل حاکم مقدّم است، بلکه بعد از تقدیم هم هر دو دلیل بر حجیّت خود باقی‌اند و هر دو معتبرند، زیرا دو دلیل تکاذبی ندارند تا تعارض پیدا شود، مع‌ذالک حاکم بر محکوم مقدّم است و...»[3]

بر این اساس باید دید بین حکومت، و اصطلاحات دیگر از جمله «تخصیص»، چه تفاوتهایی می‌تواند وجود داشته باشد.

۲ـ تفاوت «حکومت» و تخصیص

در تخصیص، فرد یا افرادی از حکم عام خارج می‌شوند، بدون تصرّف در موضوع، ولی در حکومت دلیل حاکم در موضوع دخالت می‌کند، و در نتیجه فرد یا افرادی از دایره حکم

---

۱. مظفر، محمدرضا، **اصول‌الفقه**، ج ۲، ص ۲۲۱ و بعد.
۲. مظفر، همان، ص ۲۲۲.
۳. محمدی، علی، **شرح اصول فقه**، ج ۳، ص ۴۳۲، ۱۳۷۵، انتشارات دارالفکر.

خارج می‌شوند. گاه نیز در اثر تصرّف و دخالت دلیل حاکم در موضوع حکم، فرد یا افرادی بر **موضوع** افزوده می‌شود.[1]

در مثال **اکرم‌العلماء الّا زیداً العالم**، در موضوع هیچ تصرّفی نشده، بلکه زید که عالم هم هست از شمول حکم عام خارج شده است. امّا در مثال «**اکرم العلماء، و زیدٌ لیس بعالم**»، در موضوع حکم تصرّف شده و «زید» را اساساً از صف دانشمندان بیرون آورده است. این دخالت و تصرّف، همان‌گونه که اشاره شد، گاه نیز در محمول قضیّه است، مانند اینکه بگوییم «وضو واجب است»، آنگاه با استناد به «لاضرر» معتقد شویم که وضوی ضرری واجب نیست، که دلیل لاضرر، بر دلیل اوّل حکومت دارد و دایره حکم وجوب وضو را محدود کرده است.

با توجّه به جمیع جهات تفاوتهای بین تخصیص و حکومت را به خلاصه زیر برشمرده‌اند:

۱ـ تخصیص اخراج حکمی است، و حکومت اخراج موضوعی. به تعبیر دیگر دلیل حاکم در عقدالوضع، یا عقدالحمل دلیل محکوم تصرّف می‌کند. در حالی که در تخصیص خاص از دایره عام حکماً (و نه موضوعاً) اخراج می‌شود.

۲ـ تخصیص همواره به نحو تضییق است، ولی حکومت گاه به صورت تضییق و گاه به صورت توسعه است.

۳ـ در مورد حکومت، اگر دلیل محکوم نباشد، دلیل حاکم بیهوده و لغو است، چرا که دلیل حاکم ناظر و مفسّر دلیل محکوم است و در نبود محکوم حکومت تحقق نمی‌یابد. ولی در باب تخصیص، اگر عامّی هم نباشد دلیل خاص دارای اعتبار است، مانند: «**لاتُکرِمُ العالم الفاسق.**»

۴ـ در تخصیص نسبت بین دو دلیل باید عموم و خصوص مطلق باشد، تا دلیل خاص بر عام مقدّم شود، لیکن در مورد حکومت، اساساً نسبت‌ها ملاحظه نمی‌شود، بلکه ممکن است دو دلیل عام و خاص من‌وجه باشند، مع‌ذالک دلیل حاکم بر دلیل محکوم مقدّم می‌شود.

۵ـ در باب «حکومت»،[2] دلیل حاکم تجسّم رجحان است، و هیچ مُرجّح دیگری لازم نیست، اما با توجه به نظر شیخ انصاری، در عام و خاص اگر دلیل خاص، نصّ یا اظهر باشد بر

---

۱. همانند مثال «الفقّاعُ خمر» و «الخمرحرام».

۲. در تخصّص، خروج هرچند موضوعی است، امّا این خروج و جدایی و تکوینی است مثل جاهل که تخصصاً از عالم خارج است. لیکن در حکومت خروج ادّعایی و تنزیلی است. مثلاً در زیدٌ لیس بعالم، زید در واقع عالم است.

دلیل عام مقدّم می‌شود و مخصّص آن است و...[1]

با توجّه به توضیحات مذکور، که لزوماً به درازا کشید، این سؤال مطرح می‌شود که چرا، دلیل حاکم، در هر حال «حکومت» دارد؟ و این فرمانروایی برچه مبنایی استوار است؟ و به گفته شارح «اصول‌الفقه»، چرا دلیل حاکم، هیچ مرجّح دیگری را لازم ندارد، بلکه خود «**تجسّم رجحان**» است؟ و در همین زمینه استاد مظفر عبارت شایان توجهی دارد. می‌گوید:

«وَ هذا هُوَ العجیبُ فی الامر، والجدیدُ عَلَی الباحثین و...»[2]

لاضرر یکی از مستندات مهم اصل تغییر در حقوق اسلامی است. احکام خیارات بتدریج برپایه لاضرر پدید آمد. مسئله اضطرار و احکام ثانوی از همین قاعده و قاعده عسر و حرج به‌دست می‌آید.

توضیحات بالا نشان می‌دهد که، به گفته استاد مطهری،[3] برخی از قواعد از جمله قاعده لاضرر کار کنترل و تعدیل قواعد و دلایل دیگر را برعهده دارد. علاوه براین لاضرر همان‌طور که قبلاً اشاره شد، از مستندات مهم اصل تحوّل و تغییر در حقوق اسلامی است.[4] از سوی دیگر قواعدی چون «عدالت»، «لاضرر» و «لاحرج» رمز و راز ماندگاری و «جاودانگی» شرع مقدّس اسلام‌اند. با «عرف» در زمانها و مکانهای مختلف پیش می‌روند و در عرصه‌های منطقةالفراغ و میدانهای آزاد حقوقی پاسخ نیازها و ضرورتهای هر عصر را تعبیه می‌کنند.

بر این اساس است که استاد لنگرودی به روشنی مسائلی را مطرح و علت تقدّم و حکومت دلیل حاکم، از جمله لاضرر را به زیبایی تمام ترسیم می‌کند. او پس از اینکه مسئله معارضه عموم و خصوص من‌وجه را نمی‌پذیرد، در ادامه می‌نویسد:

«لاضرر در بنیاد هر قانون، مانند روح در تن قانون جای گرفته است، روح و تن در عین دمسازی، دوگانگی به صورت تباین دارند، نه به‌صورت عموم و خصوص من‌وجه، هر قانون در محتوای خود، مادّه است که لاضرر صورت و فرم آن است و به آن شکل می‌دهد... لاضرر به مفاد شماری از قوانین شکل می‌بخشد و حدود آنها را مشخّص می‌کند. لاضرر مبنای قوانین است، نباید بین مبنای قانون و خود آن قانون، تصوّر رابطهٔ عموم و خصوص مِن‌وجه را کرد.

---

۱. محمدی، علی، **شرح اصول‌الفقه**، ج ۳، ص ۴۳۷.

۲. مظفر، محمدرضا، **اصول‌الفقه**، ج ۲، ص ۲۲۰.

۳. مطهّری، مرتضی، **اسلام و مقتضیات زمان**، ج ۲، ص ۱۰۰ و بعد.

۴. جعفری لنگرودی در یکی از کتابهای خود می‌نویسد: «احکام خیارات، بتدریج برپایه لاضرر پدید آمد، و مسئله اضطرار و احکام ثانوی، از همین قاعده (لاضرر) و قاعدهٔ عسر و حرج به دست آمد.»

تصوّر عموم و خصوص من‌وجه، بین لاضرر و اصل تسلیط به حل کردن جدول روزنامه‌ها شباهت دارد، مشکل واقعی را حل نمی‌کند. باید دید مفاد **«الناسُ مسلطونَ عَلی اموالهم»** بربنیاد لاضرر چه فرم و شکلی را باید داشته باشد، و چه میدانی را فرا می‌گیرد.»[۱]

افزون برآنچه نقل شد، قاعدهٔ لاضرر در حقیقت بستر اجرای «**عدالت**»، اخلاق و در نهایت تکامل در بین جوامع است، و به همین علّت هم هست که در مبحث «قاعدهٔ عدالت» گفتیم، تا زمانی که می‌توانیم از ادلّه‌ای چون لاضرر استفاده کنیم، جای استناد و تمسّک به قاعدهٔ عدالت نیست. براین پایه لاضرر و قواعد امثال آن، ناظر و حاکم بر اجرای عدالت فردی و اجتماعی است و می‌تواند مانع ستم و تبعیض باشد. چنین است که می‌گوییم، قواعدی چون «عدالت» و لاحرج و لاضرر، نه تنها «مبنای» حقوق و قوانین، بلکه هدف، معیار، و میزان هم هستند. علی‌هذا، باید هم بر سایر قوانین و ادلّه «حکومت» داشته و همواره ناظر و هدایتگر باشند.

۳ـ اضرار به غیر به‌منظور دفع ضرر

سؤال این است که: آیا می‌توان برای دفع ضرر از خود، به دیگری ضرر زد؟ برای مثال، دیوار خانه‌ای در معرض خرابی است، صاحب‌خانه با داربست، دیوار را به سوی خانه همسایه متمایل می‌کند، و به منظور پیشگیری از ضرر و خطر، در واقع آن را متوجه همسایه می‌نماید.[۲] یا اینکه سیلی به طرف خانه کسی جریان دارد، آیا شخص می‌تواند سیل را به سوی منزل همسایه هدایت کند؟ و یا رانندهٔ خودرو برای پیشگیری از سقوط در پرتگاه، دیوار مجاور جاده، یا نرده‌های خانه کسی را تخریب می‌کند.

در مثالهای یاد شده، هرچند شخص، برای احتراز از ضرر بزرگتر، ضرر کمتر را برگزیده است، امّا دفع ضرر کوچک از خود، نمی‌تواند اضرار به دیگری را جایز و موجّه سازد، و قاعده «لاضرر» اضرار به دیگران را در هر صورت منع و نهی کرده است. همین موضوع فقهاء را به قاعده دیگری رهنمون شده که می‌گویند: **«لایُزالُ الضَرَرُ بالضرر»**، هیچ ضرری با ضرر متقابل رفع و زائل نمی‌شود.[۳]

---

۱. و چنین است که استاد محترم، لقب «روح‌القوانین» به قاعده لاضرر می‌دهد. **دائرةالمعارف علوم اسلامی**، ص ۱۴۷۰.

۲. انصاری، شیخ مرتضی، **مکاسب**، رساله لاضرر، ج ۲، ص ۲۴۸.

۳. محمدی، **قواعد فقه**، ص ۱۷۱.

۴ـ اکراه در قتل

عنوان «اکراه به قتل» که حضرت شیخ انصاری مطرح کرده است، زیر همان عنوان «اضرار به غیر برای دفع ضرر از خود» مطرح می‌شود: آیا شخص «مکرَه» و مورد تهدید که درعین‌حال مضطر هم هست، می‌تواند برای نجات خود دیگری را مورد صدمه قرار داده و نهایتاً او را بکشد؟ هرچند مرحوم شیخ معتقد است که اکراه فطرتاً نوعی مجوّز محسوب می‌شود،[۱] امّا نظر مشهور، اکراه را مجوز قتل نمی‌داند،[۲] مگر اینکه مکرَه در حالتی قرار گیرد که اراده و اختیار کاملاً از او سلب گردد. صاحب **جواهر** در همین مورد می‌گوید: اکراه در قتل محقق نمی‌شود (تأثیر در مسئولیت قاتل مکره ندارد)، ولی در مورد سایر جرمها محقق می‌شود.[۳] بنابراین شخصی که در اثر اکراه مرتکب جرمی شود، مکرِه، یعنی شخص اکراه کننده مسئول است، امّا در مورد قتل، مکرَه قاتل محسوب می‌شود و بنابه نظر مشهور، به عنوان قاتل به مجازات می‌رسد، و آمر یعنی اکراه‌کننده به حبس ابد محکوم می‌گردد.[۴]

ظاهراً علت عدم مجازات مکرَه در جرایم (غیر از قتل)، عدم اختیار تامّ و تمام است، چرا که اراده و قصد و اختیار یکی از ارکان اصلی در جرایم است. اما در مورد قتل، که مکرَه قاتل محسوب و مجازات می‌شود، مصالح اجتماعی مطرح است. به تعبیر دیگر، نه فقط خون قاتل (مکره) رنگین‌تر از مقتول نیست، بلکه، اگر باب فرار از مجازات به این طریق باز شود که قاتل مکرَه مسئول نیست، خود این باب، طریقی برای خون‌ریزی خواهد شد (به روایت زراره در پاورقی رجوع فرمایید).

به هر تقدیر، تحت عنوان اکراه، و برای دفع ضرر از خود، به بهانه قاعده لاضرر نمی‌توان به دیگران ضرر زد، و چنین است که به پیروی از نظر فقها[۵] قانون مدنی می‌گوید: «حق شفعه را نمی‌توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود. صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف‌نظر کند، یا آن را نسبت به تمام مبیع اجرا نماید.»[۶]

---

۱. انصاری، شیخ مرتضی، همان.
۲. از زراره نقل شده است: «فی رَجُلٍ اَمَرَ رَجُلاً بقتل رجُلٍ، فَقَتَلَهُ، قال یُقتَلُ بِهِ الّذی قتلَهُ، و یُحبَسُ الآمِر بقتلِهِ حَتّی یَموُت.» کتاب مختلف، ص ۷۹۵.
۳. محقق نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۶، ص ۵۴۷.
۴. **مبسوط**، جعفری لنگرودی، «اکراه در قتل» و «اکراه در جرم».
۵. محقق حلّی، **شرایع الاسلام**، کتاب شفعه، مقصدسوّم؛ امامی، سیدحسن، کتاب **شفعه**، ج ۳، ص ۳۱.
۶. **قانون مدنی**، مادّه ۸۱۵.

روایت عَقَبة بن خالد، در همین مورد قابل توجّه است. می گوید:

«عَن ابی عبدالله(ع) قال: قضی رسول‌الله(ص) بالشفعة بین الشُرکاء فيالارضینَ والمساکِن، و قال(ص) لاضرر ولاضرار.»

آنچه در مبحث اخذ به شفعه، شایان تأمّل است این است که گفته‌اند: لاضرر در این حدیث، بر اصل **عدم تملّک** مال غیر بدون رضایت مالک، مقدّم و حاکم است. براین اساس اگر زمین، مشاع بین مالک شخصی، و موقوفٌ علیهم باشد، موقوفٌ علیهم، در صورت فروخته شدن حصّه مالک شخصی، حق شفعه دارند.[1]

۱. لنگرودی، همان.

فصل پنجم

تعارض یا تزاحم دو ضرر

۱ـ انتخاب «اخف الضررین» در شخص واحد

روشن است که هرگاه یک فرد با دوضرر مواجه شود، «**اخف‌الضررین**» یعنی ضرر کمتر پذیرفته و ضرر بیشتر و بزرگتر دفع می‌شود؛ و در صورت تساوی دو ضرر شخص مخیر است؛ و این «تخییر» عقلی است. در این قبیل موارد ضرر، ضرر نوعی نیست، و هرکس با توجه به مکانت و موقعیتی که دارد، دست به انتخاب می‌زند. متأسفانه در این گونه موارد، علل و عوامل مختلفی از جمله موقعیت اقتصادی و وضع مالی یا جهل و ضعف اشخاص تأثیر نمایانی دارد.

۲ـ تعارض نسبت به دو شخص

در این فرض، تصرف مالک در ملک خود مطرح نیست. فرض کنیم سیلی در جریان است، و دو خانه را در معرض خطر قرار داده است، آیا قاعده «لاضرر» در این فرض هم می‌تواند ارائه طریق کند؟

به گفته برخی محققان، قاعدهٔ لاضرر این موارد را فرا نمی‌گیرد، بلکه باید گفت: «**الجمع مهما امکن اولی.**» باید با تمسک به سیره‌های عقلایی، حقوق افراد مختلف را به نحو معقولی حفظ کرد و از ورود ضرر بیشتر پیشگیری نمود. در این فرض تمسک به «ضرر کمتر» و تقسیم ضرر، با توجه به قاعدهٔ عدل و انصاف، راه‌حل عقلایی است. تقسیم ضرر ممکن است با «تنصیف» و یا با ملاحظه نسبت ضرر وارده صورت گیرد.[۱]

---

۱. دکتر محمدی، ابوالحسن، همان، ص ۱۷۳.

۳ـ تعارض قاعده لاضرر و قاعده تسلیط

در این فرض، تصرف مالک در ملک خود (یا در اجرای حق)ی که دارد، موجب ضرر غیر می‌گردد، و به نظر برخی از فقهاء، خصوصاً حضرت امام خمینی که «لا» را ناهیه، و نهی را نهی حکومتی می‌دانند تعارض لاضرر و تسلیط به همین مورد برمی‌گردد. در این فرض تصرف مالک در ملکش موجب ضرر همسایه، و عدم تصرف او موجب زیان و خسارت خود مالک می‌گردد.

قبل از ورود در اصل موضوع، لازم است توجه کنیم که هردو اصل مذکور (تسلیط و لاضرر)، از اصول مهم و تعیین‌کننده در حقوق اسلامی هستند.

اصل «تسلیط» که حدیث نبوی: **«الناس مسلطون علی اموالهم»** نیز بر آن تأکید دارد، آئینه‌ای از اصل سرنوشت‌ساز **«آزادی اراده»** در حقوق اسلامی است. هر دو اصل، از قواعد اصلی «منطق حقوق»[1] اند. اصل «لاضرر» هم، که گاه با «تسلیط» برخورد می‌نماید و به اصطلاح «تعارض» پدید می‌آید، جلوه‌ای از رعایت مصالح جمعی، و حمایت از «جامعه» در برابر فرد است. و همین جا باید اشاره کنیم که آنچه در مجموع از روح قوانین و احکام و مقررات اسلامی دریافت می‌شود، تقدّم مصالح «جمع»، بر منافع «فرد» است، که پرداختن به این بحث، در جایگاه خود لازم و ضروری است. اصل چهلم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، با توجه به همین زمینه می‌گوید:

«هیچ‌کس نمی‌تواند، اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر، یا تجاوز به‌منافع عمومی قرار دهد.»[2]

همان‌گونه که دیدیم، در صورت تعارض این دو قاعدهٔ مهم، در اکثر موارد «حکومت» قاعده لاضرر، بر قاعده تسلیط مورد پذیرش فقهاء و دانشمندان است. اما در برخی از صورتهای تعارض، همچنان قاعده تسلیط را نافذ و پایدار شمرده‌اند.

علامه حلی می‌نویسد:

«الحدیث مشترکٌ، لِاَنَّ منع المالِکَ عَن عملِ مَصلحةٍ لَهُ فی ملکه، یعود نفعها الیه، اضرارٌ غیر مستحق. فالضَّرَرُ مُشترک، و لیسَ مراعاةُ اَحَدهِما اَولی، بل مراعاةُ المالک اولی...»[3]

حدیث لاضرر مشترک است، زیرا جلوگیری مالک از اعمال مصلحت در ملکش که

---

۱. دکتر جعفری لنگرودی، **منطق حقوق**، ج ۳، ص ۱۳۰۱.

۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۳. علامه حلی، حسین بن یوسف، **تذکرة الفقها**، بی تا.

منافع آن (ملک) عاید مالک می گردد، اضراری است که مالک استحقاق آن را ندارد. پس ضرر، ضرر دو طرفی و مشترک است، و مراعات یکی از آن دو طرف اولی و بهتر نیست، بلکه آنچه اولی تر است، ملاحظه منافع مالک است.

شیخ اعظم انصاری، منع مالک از تصرف را، در فرض بالا، «حرج عظیم» می‌نامد و می فرماید:

«اما ما کان لجلب المنفعة، فظاهر المشهور، کما عرفت من کلمات الجماعة الجواز، و یدل علیه، ان حبس المالک عن الانتفاع بملکه، و جعل الجواز تابعاً لضرر الجار، حرجٌ عظیمٌ...»[1]

هر دو عبارت، و هر کدام با بیان خاص خویش، حق را به مالک داده و در واقع قاعده تسلیط را نافذ دانسته‌اند. به تعبیر دیگر در فرضی که، عدم تصرف مالک موجب ضرر او، و تصرف مالک باعث زیان همسایه است، قاعده لاضرر حکومتی نخواهد داشت. شیخ می فرماید:

در فرض بالا، منع مالک از تصرف در برابر ضرر همسایه موجب حَرَج و دشواری بزرگی برای مالک است، و در صورت تعارض ضرر و حرج، حرج مالک بر ضرر همسایه مقدم است.

برخی از فقها[2] و اساتید صورتهای مختلف این تعارض و تصرف مالک را، به خلاصهٔ زیر دسته‌بندی کرده‌اند:

۱ـ تصرفی که صرفاً به قصد اضرار همسایه است.

۲ـ تصرفی که ترک آن موجب ضرر مالک، و انجام آن موجب ضرر همسایه است.

۳ـ تصرفی که به ضرر همسایه است، اما منافعی برای مالک دارد (هرچند لازم و ضروری نباشد).

۴ـ تصرفی که نفع یا ضرری برای مالک ندارد، اما موجب زیان همسایه است.[3]

نوشته‌اند، صورتهای اول و آخر حرام و موجب ضمان است. تسلط مفهوم عرفی است

---

۱. انصاری، شیخ مرتضی، **مکاسب**، رسالهٔ لاضرر، می‌گوید: ظاهر نظر مشهور جلب منفعت مالک است، همان‌گونه که از کلمات و نظرات فقهاء معلوم شد، و جواز را از آن کلمات دریافتی. و بر همین واقعیت دلالت می کند اینکه بگوئیم: منع مالک از انتفاع او نسبت به ملکش، و جواز این انتفاع را تابعی از ضرر همسایه قراردادن، حرج و مشقت عظیمی است.

۲. آیت‌الله مکارم شیرازی، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، ص ۱۰۰.

۳. دکتر محمدی، ابوالحسن، **قواعد فقه**، ص ۱۷۵ و بعد.

و شارع مقدس سلطه را در همان حدود عرفی تنفیذ می‌کند، و عرف تصرف زیان‌بار را مردود می‌داند. در واقع نه تنها قاعده تسلیط در این دو فرض محدود است، بلکه اساساً تعارض بین لاضرر و اصل تسلیط وجود ندارد. لاضرر در این موارد حاکم است و حد و حدود سلطه را معین می‌کند و به آن شکل صحیح و منطقی می‌دهد.

فروض دوم و سوم را معرکه تعارض ضررین شمرده و گفته‌اند چون هیچ یک از دو ضرر ترجیحی ندارد، قاعده تسلیط به قوت خود باقی است، و در این قبیل موارد «لاضرر» حکومتی ندارد. همین بحث در تعارض دو حرج نیز به میان آمده است. استاد بجنوردی موضوع را به گونه دیگری بیان کرده‌اند. ایشان می‌نویسد:

«شک نیست در صورت جریان لاحرج نسبت به اجنبی، قاعده سلطنت نسبت به مالک مقیّد می‌شود، و اگر حکم به عدم سلطنت مالک برای خود وی حرجی باشد، قهراً حرج مالک معلول قاعده لاحرج است در طرف اجنبی، و لازمه جریان قاعده لاحرج در طرف مالک، عدم تقیید قاعدهٔ سلطنت است نسبت به وی، و این معنی بی‌اثر کردن قاعدهٔ لاحرج نسبت به اجنبی است که، لازمهٔ آن لغویّت است... بنابراین هرجا که جریان قاعدهٔ لاحرج نسبت به اجنبی مستلزم حرج مالک شود، قاعدهٔ لاحرج نسبت به اجنبی مجرا ندارد، و نتیجتاً قاعده سلطنت نسبت به مالک جاری و غیرمقید است.»[1]

مستفاد از نظر بالا، جریان قاعدهٔ «تسلیط» است، که پذیرش آن با این همه وسعت و گستردگی مشکل به نظر می‌رسد. ماحصل نظر محقق نائینی هم، بلامعارض بودن قاعده تسلیط در چنین فروض و مواردی است. براساس نظر نائینی، قاعدهٔ «لاضرر»، تنها در صورتی، حاکم بر تسلیط، یعنی تنها در صورتی مانع تصرف مالک است که تصرف **«لغو»** باشد.[2]

تصرف، زمانی لغو است که نه سودی برای مالک داشته باشد، و نه ضرری. همین نوع از سلطه و تصرف است که گاه به قصد اضرار عمدی نسبت به دیگری تحقق پیدا می‌کند.[3]

برخی از فقها به صورت زیر قائل به تفصیل شده‌اند:

گاه تصرفات مالک، برای رسیدن به غرض **عقلایی**، و در حدود **متعارف** و معمول، در مال خود است. اما لازمه تصرف مالک، تضرر دیگری، و نتیجه عدم تصرف هم، موجب ضرر مالک یا فوت منافعی از او می‌باشد. این فرض به دو صورت قابل تصور است:

---

۱. آیت‌الله بجنوردی، سیدمحمد، **قواعد فقهیه**، ص ۱۴۳ و ۱۴۴.
۲. نجفی، **منیة‌الطالب** (تقریرات درس محقق نائینی)، ج ۲، ص ۲۲۴.
۳. لنگرودی، **منطق حقوق**، ص ۱۳۰۲.

۱ـ گاه بر تصرف شخص در ملک خود، عنوان اضرار به غیر صدق می‌کند؛ اضراری که با تصرف در ملک غیر ملازمه دارد. این گونه تصرف ممکن است زیر عنوان «تسبیب» هم قرارگیرد. مانند اینکه مالک چاهی در خانه خود حفر کند، و نهایتاً دیوار، یا بخشهایی از خانه همسایه فرو ریزد، و یا از حیّز انتفاع خارج گردد. در اینجا تصرف در ملک غیرصدق می‌کند. در این فرض تعارض دو ضرر و دو سلطنت تحقق می‌یابد، و صرف نظر از ادله لاضرر، همان‌طور که قاعده تسلیط در حق مالک (و به نفع مالک) جریان می‌یابد، در حق همسایه نیز جاری می‌شود. با توجه به تعارض دو سلطنت، و تعارض «ضررین»، که نسبت به هر دو متساوی است (متساویةٌ النسبةٌ الی کلیهما)، در این صورت، جمع بین دو حق، یعنی حق مالک و حق همسایه لازم است، (**و حاصله لزوم الجمع بین الحقین، مهما امکن**).[1]

توجه شود که در فرض بالا، در حقیقت، نه به قاعده تسلیط عمل شد و نه به قاعدهٔ لاضرر، بلکه با استمداد از قاعدهٔ «**الجمع مهما امکن اولی**»، در واقع به قاعدهٔ «عدل» و یا قاعده «عدل و انصاف» متوسل شده‌ایم. یعنی عدالت مستلزم توجه به‌سلطه هر دو طرف است.[2]

۲ـ زمانی دیگر، هرچند همسایه با ضرر مواجه شده است، اما عنوان «تصرف» مالک در ملک غیرصدق نمی‌کند، مانند آنکه مالک دیوار خانه خود را چنان مرتفع سازد که مانع تابش آفتاب، و افت چشم‌انداز گردد و قیمت ملک او کاهش یابد، یا مالک در خانه خود چاهی حفر کند، که موجب ضرر و کمبود آب، یا خشک شدن چاه آب همسایه گردد. در این صورت به‌قاعده سلطنت رجوع می‌شود، و در تعارض دو ضرر، قاعدهٔ لاضرر کاربردی نخواهد داشت. حتی می‌توان گفت، ادله قاعدهٔ لاضرر شامل چنین مواردی نیست. چرا که در تعارض ضررین، اقتضاء «امتنان» وجود ندارد. یا اینکه ادله لاضرر شامل این صورتها نمی‌شود، و مالک حق تصرف در ملک خویش را دارد.

توجه:

اما آنچه بسیار مهم است، قیدی است که فقهاء، در تصرف و نحوهٔ تصرفات مالک به آن پرداخته‌اند. در فرض دوم که مالک عملاً در ملک غیرتصرف نمی‌کند، و قاعده تسلیط حاکم است، می‌گویند:

---

۱. آیت‌الله مکارم، **قواعد الفقهیه**، ج ۱، ص۱۰۲ و۱۰۳، چاپ چهارم، ۱۴۱۶ ق، در واقع لزوم جمع بین حقیّن مقتضای عدالت است.

۲. به تعبیر دیگر: «... بنابراین کسانی که قائل به تعارض هستند، دلیل مقتضی ارائه نمی‌کنند» بجنوردی، سیدمحمد، همان، ص۱۴۴.

«فللمالک التصرف فی ملکه، بانحاء التصرفات المتعارفة.»[1]

قید **«متعارف»**، وجهه عقلایی و **عادلانه** به تصرفات مالک می‌دهد، و این نیز جلوه دیگری از اجراء قاعدهٔ عدالت است که در ماده ۱۳۲ قانون مدنی تبلور یافته است. این ماده مقرر می‌دارد:

«**کسی نمی‌تواند** در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود. مگر تصرفی که به‌قدر **متعارف**، و برای رفع حاجت، یا رفع ضرر از خود باشد.»

با دقت در توضیحات، روشن می‌شود که:

۱ـ در مواردی که تصرفات مالک زیانی برای همسایه ندارد، مالک می‌تواند همه گونه تصرف ولو تصرف غیرمتعارف را در ملک خود داشته باشد. در این فرض تنها قاعده تسلیط حکومت دارد، و تعارضی با قاعدهٔ لاضرر پیدا نمی‌شود.

۲ـ در فرضی که تصرف مالک موجب ضرر و زیان همسایه شود، که دو صورت قابل پیش‌بینی است:

الف: تصرفات بیش از حد متعارف

ب: تصرفات به قدر متعارف

تصرف «متعارف»، همان‌طور که از عنوان آن پیداست تصرفی است که با توجه به‌عنصر «زمان و مکان» معمول عرف است، و عرف محل یا عرف زمانه آن را پذیرفته است. برای مثال؛ اگر در شهری یا در محله‌ای از یک شهر، ساختن بنای ده یا بیست طبقه «متعارف» و معمول نباشد، و شخصی اقدام به ساختمان ده طبقه کند و همسایگان را از هوا و نور محروم نماید، اقدامی **غیرمتعارف** کرده، و در این رابطه قاعدهٔ لاضرر مانع اقدام او می‌شود و لاضرر بر قاعدهٔ تسلیط حاکم است، هرچند تصرف یا اقدام او برای رفع حاجت یا رفع ضرر باشد.[2]

در تصرف به قدر متعارف نیز، تصرف مالک، در صورتی که برای «رفع حاجت» یا برای «رفع ضرر» و یا «دفع» و پیشگیری از ضرر باشد، مجاز بوده و صاحب ملک با شروط مذکور قاعده تسلیط را اجرا می‌کند. در حقیقت، قاعده لاضرر، همان گونه که اشاره شد، ناظر و «کنترل»کننده است، و به حدود و شرائط سلطه، شکل و فرم می‌دهد. ورود ضرر به همسایه اگر با وجود شروط و شرایط یادشده همراه باشد، در این صورت، قاعده سلطنت حاکم است،

---

۱. آیت‌الله مکارم شیرازی، همان، ص ۱۰۳.

۲. دکتر امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، ص ۴۹ و ۵۰.

و این همان سلسله عقلایی و عادلانه است، و تصرّف در حد «متعارف» مظهری از عدالت زمانه خواهد بود.

خاتمه

۱ـ عدالت و قاعدهٔ لاضرر

نگاه دوباره به قاعدهٔ لاضرر، و نقشی که در عرصه‌ها و صورتهای مختلف و همچنین در تعدیل و صورت‌بندی و شکل منطقی دادن به احکام و قوانین دارد، بروشنی نشان می‌دهد که این قاعده، بستر تحقق **عدالت** است و شاید بتوان گفت قواعدی چون لاضرر و لاحرج ترازوی اجرای عدالت و انصاف‌اند. دلیل «اوفوا بالعقود» حکم به ایفاء همه پیمانها و تعهدات می‌دهد، (العقود، جمع محلی به الف و لام است)، اما لاضرر با حکومت و نظارتی که دارد، تنها وفا به عقودی را محترم می‌داند که برای مثال، غبنی نباشد. طلاق حق مرد است، اما لاضرر و لا حرج حق وتو دارند و با حضور این قاعده حق طلاق مطلق نیست **(ولا تمسکوهن ضراراً لتعتدوا)**. حق شفعه حق شریک در مال مشاع غیرمنقول است، اما شفیع نمی‌تواند با اعمال حق نسبت به بعض بیع به شریک خود «ضرر» بزند. این قاعده «احتکار» را حرام می‌شمرد، چرا که موجب ضرر و ظلم به دیگران است. برخی از فقها با استناد به همین قاعده «تلقی رکبان»[1] و «بیع حاضر للبادی»،[2] و «تسعیر» را ضرری شمرده و آنها را جایز ندانسته‌اند.[3]

برخی از دانشمندان گفته‌اند: هیچ نصّی، یا اجماعی، توان معارضه با قاعده لاضرر ندارد و بر این اساس نوشته‌اند: «... بعضی از فقها، قاعده لاضرر را بر کلیه ادله شرعی، چه نص و چه اجماع و غیر آن مقدم دانسته‌اند.»[4]

در همین زمینه نوشته‌اند: عرف عرب جاهلی، در مورد زمان طلاق (طهر و پاکی زن) و عدد طلاقها (سه طلاق)، در جهت اضرار به زنان بی‌پناه بوده است و شارع مقدس در هر دومورد به حمایت از زنان پرداخت (سوره طلاق، آیه ۱ و بقره، آیه ۲۲۹). طرفداران آن عرف

---

۱. تلقی رکبان، به پیشواز کاروانها رفتن است، تا تولیدات و کالاها را قبل از رسیدن به شهر، در راه و با قیمتی ارزان بخرند (شهید صدر، **اقتصادنا**).

۲. بیع حاضر للبادی، خرید و فروش تجار شهر با روستائیان و اهالی بادیه است. کالاها را می‌خرند و با نگهداری و انبار کردن و نوعی انحصار، آنها را به بهائی گزاف در اختیار مصرف‌کنندگان می‌گذارند. (شهید صدر، همان)

۳. آیت‌الله منتظری، حسینعلی، **دراساتٌ فی ولایة الفقیه**، ج ۲.

۴. موحد، محمدعلی، **در هوای حق و عدالت**، ص ۳۶۷.

جاهلی در دفاع از این گونه طلاقها به «اجماع» هم استناد کرده‌اند، که برخی اساتید، به دلیل لاضرر این اجماع را (به فرض وجود) باطل دانسته‌اند.[۱]

از سوی دیگر: در بحث از قاعده لاضرر، و به اصطلاح تعارض ضررها، یا در موارد ورود ضرر به افراد مختلف (غیر موارد تعارض)، فقهاء و حقوقدانان، از اصول و موازین متعددی بهره برده‌اند. تا به هر تقدیر قاعده لاضرر نقش نظارتی خود را ایفا کند و در توزیع و اجرای عدالت مؤثر افتد. به همین دلیل، گاه به «اخف ضررین»، زمانی به «تقسیم» ضرر به‌نسبتی که وارد آمده، (تقسیم به نسبت)، هنگامی به «مصالح عامه و تقدم آن بر مصالح فرد، گاه به عرف، و تصرف «متعارف»، زمانی به قاعده «عدل و انصاف»، گاه دیگر به «تخییر» و گاه نیز به «تنصیف» استناد کرده‌اند.

همه این موارد، نسبت تام و تمام، قاعده لاضرر و عدالت، یا قاعدهٔ عدالت را تبیین و ترسیم می‌کند، و همان‌گونه که در بررسی قاعدهٔ «عدالت» دیدیم، در مواقعی هم که قاعده لاضرر، صحنه را خالی کند (مثلاً در تعارض ضررین و تساقط آنها)، بازهم قاعده تسلیط تنها میدان‌دار معرکه نخواهد بود، بلکه در هر صورت، و زیر عناوینی چون **«متعارف»** بودن، یا **«عقلایی»** بودن تصرف، عدالت خودنمایی می‌کند، و راه را بر ستم و بی‌عدالتی می‌بندد، زیرا که در هر حال ظلم و ضرر، از یک مقوله‌اند، و احکام شرع بر مدار مصالح و مفاسد می‌چرخد، و مفسده همان ضرر است، و هر حکمی که مستلزم ضرر باشد، به هر تقدیر مستلزم مفسده و ظلم خواهد بود. شاید به همین دلیل، برخی از حقوقدانان در تعارض دو ضرر یا دو حرج (مثل حرج موجر، و حرج مستأجر)، و در صورت تساقط، به اصل عدل (که گاه همان حکم دادگاه است) متوسل شده‌اند.[۲]

از سوی دیگر در مقدمه قاعده لاضرر و در بررسی ویژگی‌های این قاعده نیز اشاره کردیم که «لاضرر»، در متن و بطن همه احکام و قوانین وجود دارد، و مجری عدالت، یا بستری برای اجرای عدالت است، و زمانی که مطابق قواعد، «تساقط» نیز صورت گیرد، تمسک به قاعده عدالت، همواره موجه خواهد بود.

یکی از فقهاء، در یک گفتگوی علمی که با پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی در قم دارند، و این گفتگو هم در زمینه‌های قاعده عدالت است می‌فرماید:

---

۱. جعفری لنگرودی، **مبسوط**، واژه لاضرر.
۲. کاتوزیان، **حقوق مدنی**، معاملات معوض، دورهٔ عقود معین (۱)، ص ۵۴۸ و ۵۴۹، ۱۳۷۹.

«فقیه وقتی می‌خواهد احکام اسلام را استنباط کند، همان‌گونه که می‌خواهد ببیند فتوایش مخالف با اجماع، و حجت هست یا نه، می‌خواهد ببیند مخالف با عُسر و «لاضرر»، و عمومات قرآن هست یا نه؟ همین گونه باید ببیند مخالف با آیه شریفه: «**ان الله یأمر بالعدل و الاحسان**»[1] است، ... اگر دید مخالف است، باید در آن درنگی کند و ببیند چگونه مخالف شده است و...»[2]

۲ـ تفاوت دو قاعدهٔ عدالت و لاضرر

۱ـ در مبحث قاعدهٔ «عدالت» این موضوع عنوان شد، تا زمانی که «دلیل» ویژه‌ای داریم، و دلیل هم دلیل معتبری است، به قاعدهٔ عدالت تمسک نمی‌شود، چرا که ادله، احکام، نصوص، یا قوانین در حقیقت کانالها یا بسترهای اجرای عدالت‌اند. برهمین اساس، تا دلیلی چون «لاضرر» و «لاحرج» هست، نیازی به چنگ زدن به قاعده عدالت نیست. اما همان‌طور که اشاره شد، در صورتی که مطابق قواعد، دلیلی نداشته باشیم، یا فرضاً اجرای دلیل ویژه‌ای، به ظلم و بی‌عدالتی منجر شود (مثل مورد ربا)، لاجرم به قاعده عدالت تمسک می‌کنیم.

۲ـ همان‌طور که دیدیم، برخی معتقدند، براساس: «**الناس مسلطون علی اموالهم**»، مالک می‌تواند همه گونه تصرف در ملک خود داشته باشد (ساختن ساختمان بیست طبقه مثلاً، و مانع نور و... شدن). و همسایه نمی‌تواند، با این استدلال که، برج بلند مالک مانع تابش آفتاب، و مخرب چشم‌انداز او شده و نهایتاً، همسایه با کاهش قیمت ملک خود مواجه شده و ضرر دیده است، و... . مانع اقدامات مالک مجاور شود. این نظر، ظاهراً از سوی دانشمندانی ابراز شده است که معتقدند، قاعدهٔ «لاضرر» تنها نفی حکم موجود می‌کند، و توان اثبات حکم در موارد «لا حکم» ندارد. (سازنده نیست).

طرفداران این نظر معتقدند که براساس نظر مشهور، مالک می‌تواند هرگونه تصرفی در ملک خود بکند، هرچند ضرر به همسایه‌ها هم برسد، و تنها شرط تصرف، این است که این‌گونه تصرفات در «ملک» مالک باشد (مثل ایجاد کارگاه آهنگری و...). یکی از پیروان این نظر در عین حال می‌گوید:

«اما اگر بگوئیم، سلطنت مالک در ملک خود تا هنگامی است که تصرف او مستلزم ظلم عقلایی ـ ولو ظلم عقلایی مستحدث ـ نشود، این دیگر ربطی به قاعدهٔ لاضرر ندارد، و

---

۱. نحل / ۹۰

۲. قاعده عدالت در فقه امامیه، گفتگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، به کوشش حسنعلی علی‌اکبریان، ص ۳۲۰، چاپ اول، ۱۳۸۶ و آیت‌الله صانعی، یوسف، همان، ص ۳۲۰ و بعد.

تمسک به **قاعدهٔ عدالت**، و نفی ظلم است.»[۱]

روشن است، در صورتی که «لاضرر» بتواند هم نفی حکم ثابت ضرری کند، و هم اثبات حکم، نیازی به استدلال یادشده نخواهد بود، و همان‌سان که دیدیم، ظلم و ضرر رابطه بسیار نزدیکی دارند؛ ظلم نوعی ضرر، و ضرر هم نوعی ظلم است، و هر دو «**مفسده**»اند، و لاضرر، در واقع همه گونه ظلم و ضرر را دفع و رفع می‌کند.

---

۱. همان، ص ۳۴۶ و ۳۴۷، در گفتگو با آقای شهیدی، محمدتقی، قم.

بخش چهارم

قاعدهٔ نفی عُسر و حرج

«رَبّنا، و لا تَحْمِلْ علینا اِصْراً، کما حَمَلْتَهُ عَلَی الّذینَ مِنْ قبلنا. ربّنا و لاتُحَمّلنا ما لاطاقَةَ لنا.»

بقره / ۲۸۶

طرح مسئله

۱ـ رمز و راز ماندگاری

حیات و رشد و جاودانگی هر پدیده، خصوصاً نظامات فقهی و سیاسی و اجتماعی، در قدرت انعطافها و نرمشها، و به اصطلاح «مکانیزم»ها و به تعبیر رساتر، در عمق و غنایی است که بتواند آن «نظام» را در کشاکش دهر، و در تغییرات و تبدلات زمانه، و تأمین نیازها و تعیین «بایدها و نبایدها»ی فرد و جامعه و مصالح اجتماع به پیش راند. آن گونه که نه تنها نظام یا سیستم و یا «مکتب» از تحولها و تأمین نیازها واپس نماند، که همواره مبتکر، هدایتگر، و رهبر و راهنما باشد، و نه تنها غبار خمود و فرسودگی نگیرد، که خود، آفریننده، حیات بخش و پیشرو و پویا جلوه کند.

در نظام حقوقی اسلام، بخصوص در فکر و فرهنگ اندیشمندان و متفکران شیعه، احکام مبتنی بر «مصالح و مفاسد» و حسن و قبح ذاتی اشیاء و افعال است و «عقل» قدرت ادراک و تشخیص این مصالح را دارد. از سوی دیگر، در مصلحت‌ها، اصل بر اباحه و جواز است و در مفاسد، اصل بر نهی و منع؛ و چون مصالح به موازات تحولات اجتماعی و دگرگونی پدیده‌ها تغییر می‌یابند، اجتهاد و «فتوا» و در نتیجه برخی از احکام که ثابت و «لایتغیّر» نیستند نیز با توجه به «مقتضیات» عصرها و نسلها، دگرگون می‌شوند. حقیقتی که در تعبیر حضرت امام خمینی (قدس سره)، به عنوان نقش انکارناپذیر «زمان و مکان» در «اجتهاد» مطرح گردیده و امید است، آثار ثمربخشی در پی داشته باشد.

ابن قیّم جوزی، صاحب کتاب **اعلام الموقعین** که یکی از دانشمندان و فقهای جمهور است، می‌نویسد: «اختلاف فتواها، به موجب اختلاف زمان و مکان و احوال و نیتها و منافع

صورت می‌گیرد»! این دانشمند می‌افزاید:

«وَقَع بسببِ الجهل به (یعنی بالمصالح) غَلَط عظیم علی الشریعة، اوجب مِنَ الحَرَج و المشقّةِ و تکلیفِ مالا سبیلَ الیه، ما یَعلَمُ، اَنّ الشریعة الباهرة التی فی اَعلی رُتَبِ المصالح لاتاتی به، فان الشریعة، مبناها و اساسها، عَلَی الحکم و مصالح العباد و المعاد و ...» [1]

با توجه به زمان زیست (۷۵۱هـ. ق)، اظهار نظر و بیان این دانشمند شگفت‌انگیز است. می‌گوید: به علت آشنا نبودن و جهل به **«مصلحت‌ها»**، اشتباهی بزرگ در امور شریعت راه یافت، و موجب حرج و مشقت و تکلیف مالایُطاق گردید. در صورتی که آئین پاک و روشن اسلام، متکفل عالی‌ترین مصالح انسانیت است و هرگز سختی و مشقت و حرج به دنبال ندارد.

نظام اجتماعی اسلام، علاوه بر اینکه بر مدار عقل و عدل و بر نفی «حَرَج و مشقت» [2] جریان دارد، نهادها و مکانیزمهای تحول و تغییر را نیز، پیشاپیش مشخص کرده است، و همین دوراندیشی و آینده‌نگری‌هاست که همواره از ایستایی و کهنگی و فرسودگی این آئین جلوگیری می‌کند و «مکتب» را در گردونه زمان و سیر تاریخ پیش می‌راند. نهادها و «تأسیس»هایی که در صورت نشناختن و عدم استفادهٔ صحیح و تعطیل ماندن آنها، عقب‌ماندگی و پس‌روی و انحطاط و افول حتمی و غیرقابل انکار خواهد بود، و عزلت و انزوا، کمترین ثمرهٔ تلخ و دردناک آن است.

برخی از این «تأسیس»ها و نهادها، عبارتند از:

۱ـ اجتهاد و عدم سد این باب پربرکت، و تأیید آن تا جایی که: للمصیب اجران و للمخطی اجر واحد و «فتوا» که نتیجه جهد و جهاد علمی و تحقیقی است، و تا چه میزان می‌تواند در حیات و رشد و پویایی مکتب نقش داشته باشد؟ فتوا در تکامل حقوق سیاسی اسلام در طول تاریخ نقش‌آفرین بوده است.

۲ـ تأیید و به رسمیت شناختن نقش «عقل» که به گفته فقیه بزرگ میرزای قمی، پیامبر باطن است؛ چه در حوزه مستقلات عقلیه و چه در عرصهٔ استلزامات عقلی.

۳ـ تأیید «عُرف و عادت» و بناء عقلا و رسمیت دادن به قوانین «امضایی.»

۴ـ توجه به اصل «انصاف» در عین توجه به عدالت و دادگری.

۵ ـ تقسیم احکام به احکام اولیه، احکام ثانویه و احکام حکومتی، و این سومی که می‌تواند در عرصه‌های اجتماعی گره‌گشا باشد.

---

۱. **اعلام الموقعین**، ج ۳، ص ۱.

۲. روشن است که اساس برخی از احکام، چون جهاد بر تلاش و ایثار و دشواری نهاده شده است، هرچند این قبیل احکام نیز در کل و در نهایت ضرری و حرجی به حساب نمی‌آیند.

۶ ـ رسمیت دادن به اصل «مصلحت» که مبنای شورای تشخیص مصلحت پس از انقلاب اسلامی گردید، و همچنین تأسیس نهادهایی چون «مصالح مرسله»، «استحسان» و «استصلاح» در مکاتب فقهی اهل سنت.

۷ـ مسئله «فرار از حرام به حلال» که از یک منظر، می‌تواند قابل توجه بسیاری باشد. در روایات آمده است که: «کانَ یقول ابی: نِعَم الشئ، الفرار مِن حرامِ الَی الحلال»! چه زیباست فرار از حرام به حلال. این چاره‌جویی، در صورت استفاده صحیح، یعنی آن گونه که شریعت اجازه داده است، می‌تواند پرده‌های شرم و حیا را حفظ کند و از تمرّد و تجری پیشگیری نماید.

۸ ـ اصل ثمربخش «**اصالة الاباحه**» و توجه به منطقه‌های آزاد حقوقی (**منطقة الفراغ**) و موارد «**مالا نص فیه**»، که دست مجتهد و مفتی در آن عرصه‌ها کاملاً باز است.

۹ـ توجه به اصل سماحت که فرمود: «**بُعثتُ بالحنفیة السهلة السَمَحه**»!

۱۰ـ... و خلاصه آنکه یکی از این قواعد، قاعده «نفی حرج» است که در حل بسیاری از معضلات و دشواری‌ها، همواره مورد نظر و استناد بزرگان فقه و حقوق اسلامی بوده است و در مقاله‌ای که پیش روی داریم، مورد بررسی قرار گرفته است، لیکن آنچه بسیار مهم و رعایت آن لازم است، طرز استفاده و گستره و حدود و چگونگی استفاده از مکانیزمهای تحول و اصلاح است که به ورطه‌های «افراط و تفریط» راه نبرد.

۲ـ بیماری «افراط و تفریط»

آئین اسلام و نظام حقوقی و اجتماعی آن شریعتی الهی است، و منابع و مبادی و اهداف آن نیز، از همان مشیمه و سرچشمه زلال و مقدس پایه و مایه گرفته است. بر این اساس لازم است در برخورد با هرگونه تحول و تغییر و همراهی و سازگاری قوانین آن با نیازها و مقتضیات، که گاه ضرورت یا ضرورتهایی انکارناپذیر است، دقت و احتیاط افزون‌تری کرد، و در هر مرحله از تطبیق و انطباق، اصول و ارکان اساسی دین را، چراغ راه و «معلمهٔ طریق» دانست، چرا که در صورت سهل‌انگاری و بی‌توجهی، گرفتار بلای خانمان‌سوز، و بیماری خطرناک « افراط و تفریط» خواهیم شد. بلای ویرانگری که همین امروز هم، چنگ و دندان نشان می‌دهد. بخصوص در عرصه‌های سیاسی و اجتماعی و حتی قضایی که ابعاد خطر هولناکتر بوده و گسترهٔ خسارت و زیان، ساحتهای پهناورتری می‌یابد.

در سالهای نخستین نهضت، دانشگاه تهران، که یکی از خاستگاههای آگاهی و روشنگری و انقلاب بود رفته رفته، به یک «دژ نظامی» تبدیل شد، و هر گروه و دسته‌ای در زاویه‌ای از دانشگاه به لشگرکشی و خودنمایی پرداخت. گروهها علیه هم شاخ و شانه می‌کشیدند و هر

یک به نحوی، فریاد «هل مِن مبارز» سر می‌دادند. در همین ایام بود که: مرحوم آیت‌الله طالقانی فریاد می‌زد که: «**الیمین و الشمال مَذِلّة، وَ طریقُ الوُسطی هی الجادّة**»![1] چپ و راست زدنها مذلّت و افراط و تفریط، تاریکی و تیرگی، و راه راست طریق رستگاری و فلاح است.

گویی پس از بیست سال و به تعبیری صحیح‌تر، پس از گذشت قرنها از زمامداری علی(ع)، این سخن بلند هنوز هم همچنان تر و تازه و نیاز روز و روزگار ماست، با این تفاوت که در آغاز پیروزی انقلاب، اختلافها بیشتر بین مدافعان و دگراندیشان بود، اما امروز، آتش اختلاف و درگیری در خرمن خودی‌ها افتاده و عناصر بیگانه و مسئله‌دار از دور این همه را تماشا می‌کنند و با نقابهایی که بر چهره زده‌اند، با تمام توش و توان بر این آتش می‌دمند و روشن است که: ز هر طرف که شود کشته به سود آقایان است.

همین بلای «افراط و تفریط» و در غلتیدن به چپ و راست و غرقه گشتن در ورطه‌های هولناک «تنازع» بود که انقلاب مردمی و دینی مشروطیت را به تباهی و انحراف برد، تا آنجا که مرجع بزرگ و قهرمانی چون، آیت‌الله العظمی نائینی، به برچیدن کتاب کم‌نظیر و ژرفناک خود **تنبیه الاُمّةُ و تنزیه الملة** رضایت داد و با درد و اندوه، حتی از نوشتن چنان کتاب عظیمی مکدر و رنجور گردید. در حالی که این کتاب یکی از عمده‌ترین منابع «فقه سیاسی» اسلام است که از قلم یک مرجع بزرگ تراوش کرده و توانسته است، با استدلالی شیوا و استوار، اصول سیاسی و اجتماعی اسلام و طرح و هدف کلی حکومت اسلامی را نشان دهد.

آیت‌الله طالقانی، در مقدمه‌ای که بر آن کتاب نوشته، با حسرت و اندوه می‌گوید: «...فضلایی که در محضر آن مرحوم بوده‌اند، دلسردی ایشان را نقل می‌کنند. علت این هم واضح است: چون دیدند با آن همه کوشش، نتیجه چه شد. طرفداران استبداد، کرسی‌های مجلس را پر کردند، و انگشت بیگانگان نمایان شد. کشته شدن مرحوم آقا شیخ فضل‌الله نوری بدون محاکمه و... که لکه ننگی در تاریخ مشروطیت نهاد، عموم علمای طرفدار مشروطیت را متأثر و دلسرد ساخت.»

این همه افسوس و درد، بی‌گمان سر در گریبان «افراط و تفریط» و چپ و راست زدنهای بی‌بنیاد دارد، و با تمام تأسف، تاریخ نیز سرشار از این بیماری جانکاه و مزمنی است که همواره به ضرر حق جویان و به سود سوداگران و فرصت‌طلبان خاتمه یافته است.

قرآن سرشار از «آیه»های عبرت از تاریخ است، و در سراسر این کتاب عظیم آیه «**فاعتبروا یا اولوالالباب**» همواره تکرار می‌شود، اما افسوس که اسیران غرایز و آنان که قدرت

---

۱. **نهج‌البلاغه.**

را تنها برای قدرت می‌خواهند، پند و اندرزی نمی‌گیرند، و شاید هم این نتیجه خودخواهی و نفس‌پرستی است، چرا که خطاب قرآن با «**اولوالالباب**» یعنی صاحبان خرد است!؟ و همین چپ و راست‌زدنهای بی‌پایه است که مردان اندیشه و دلهای دردمند را خسته و شکسته می‌کند و قهرمانی چون علی بن ابیطالب(ع) را با حسرت و درد و اندوه، از دو قدمی پیروزی بر جبهه جور و جهل زمانه، عقب می‌کشد و تازه طلبکارانه و احمقانه از او می‌خواهند که «توبه» کند!؟

به هر تقدیر، از مقوله دور افتادم. سخن این بود که اسلام، اصول و قواعد و مکانیزمهای تحول و تطبیق را در نظر گرفته، و با روشن‌بینی حدود و نحوهٔ استفاده را نیز معین کرده است، تا راه بر هر گونه افراط و تفریط بگیرد؛ و همان گونه که قبلاً اشاره شد، قاعدهٔ نفی عسر و حرج نیز، یکی از همین قواعد است.

۳ـ قاعدهٔ «نفی حَرَج»

این قاعده یکی از مهم‌ترین و شاید عظیم‌ترین «نهاد» فقهی ـ حقوقی است که شریعت مقدس اسلام بر آن صحه گذاشته است. یکی از دانشمندان در عظمت این قاعده می‌گوید: «قاعدهٔ نفی حرج، یکی از چهار قاعده‌ای است که قاضی حسین پایه‌های فقه را بر آنها استوار دانسته است.»[1]

سخن بالا، در آغاز، ممکن است، اندکی اغراق‌آمیز جلوه کند، لیکن زمانی که «فقه اسلامی» و مقررات شریعت مقدس به میدانهای عمل و اجرا، خصوصاً در حوزه‌های غیرعبادی می‌آید و عهده‌دار حکومت و مسئولیتهای اجتماعی و جهانی می‌شود، عظمت قواعد فراگیر و تاب‌داری چون «لاضرر»، «اهم و مهم» و «لاحرج» و امثال اینها، چهره نشان می‌دهد و در بن‌بستها و معضلات، نقش «حلال مشکل» و مشکلات را بازی می‌کند.

از سوی دیگر می‌دانیم که احکام شرعی، دارای عمومیت و شمول است و قانون یا قوانین به حالات فرد و به جزئیات نمی‌پردازد (و این از محاسن قانون است). به اصطلاح می‌توان گفت: قضایا، قضایای کلی و حقیقیه هستند و نه قضایای خارجیه، اما باید توجه داشت که همین صفت عمومیت با مشکلات و دشواریهای در تطبیق احکام با مصادیق و موارد، مواجه می‌شود و درست لحظه حساس و ظریف همین مرحلهٔ تطبیق است که گاه موجبات عسر و حرج و مشقت را همراه می‌آورد، و افراط در اجرا و تمسک به قانون، گاه باعث خسارات و ظلم و ستم نیز می‌گردد. این سخن را به غزّالی نسبت داده‌اند. او می‌گوید: «هرآنچه از اندازه بیرون رود، به ضد خود برمی‌گردد.»

---

۱. دکتر صبحی محمصانی، **فلسفه قانونگذاری در اسلام**، ص ۲۶۲، به نقل از جمع الجوامع.

یا یک مثل لاتینی می گوید: «انتهای عدالت، انتهای ظلم است.»

روشن است که سخت گیریهای بیهوده، واکنشهای نامطلوب را در پی می آورد و عُسر و مشقت، موجبات تجرّی و تمرّد و عصیان را فراهم می سازد. قانون، به هر تقدیر شکل گرفته از کلمات و حروف بی جان است. دیدگاه قانونگذار، یا مجری هر قدر گسترده و وسیع باشد، نامحدود نیست. بدین سبب شارع اسلام، مکلّفان را در چنگال عسرتها و دشواری‌ها رها نمی کند و قانونگذار حکیم و «مصلحت»سنج، در کمین گاههای اضطرار و عسرت و ضرورت، راه چاره را بر مضطر نمی‌بندد و چنین است که قرآن کریم در آیات زیادی، بر طرد و نفی دشواری و حرج پای می‌فشارد و در آیاتی که «عام» و مطلق است، می‌فرماید: **«و ما جَعَلَ علیکم، فی الدین من حَرَج.»**

و فقها و دانشمندان تیزبین اصولی هم بر این اصل متفق‌القول‌اند که: **«الضَرورات تبیحُ المحظورات.»**

این دستورالعمل‌ها و اصول و فرمولها، تا چه اندازه حکیمانه و عمیق و دوراندیشانه است، و تا کجا می تواند در فتوا و نظر مجتهدان تیزبین مؤثر افتد، و قوانین را در گذر زمان همچنان زنده و پویا نگه دارد و در تحولات و نیازهای زمانه، پیشاپیش اجتماع حرکت دهد.

البته باید توجه داشت؛ قواعدی چون «نفی عُسر و حرج» با همه کارآمدی و اَهمیت، به‌مانند شمشیر دو دمی است که در کف قضات صالح و دادگستر می‌تواند، منادی عدل و انصاف و رشد باشد و در دست عناصر کوته‌بین و ناصالح، ابزار اجحاف و ستم و تبعیض و چنین مباد. به هر تقدیر: این نوشته، در فصولی به شرح زیر جمع آمده است:

فصل اول: تحت عنوان مقدمه و تمهید مرتب شده است که در این فصل مفهوم قاعده و واژه‌های عسر و حرج و همچنین تکلیف مالایطاق مورد بررسی قرار گرفته است.

فصل دوم: مستندات قاعده را در کتاب، سنت، اجماع و عقل و بناء عقلا بررسی می کند.

فصل سوم: مفاد و دلالت قاعده را مورد بحث قرار می‌دهد و نظرات بزرگان در این خصوص، به صورتی مختصر و گذرا بررسی می‌شود.

فصل چهارم: در این فصل تعارض قاعده لاحرج با قواعد دیگر ملاحظه و مقایسه می‌شود.

فصل پنجم: و بالاخره در این فصل، موارد تطبیق قاعده و مصداقها در فقه اسلامی و در قوانین مورد مطالعه و فحص قرار می گیرد.

هر چند، تحقیق حاضر، به طور گذرا انجام گرفته و بررسی عمیق و گستردهٔ «قاعده» نیاز به رساله‌ای عمیق‌تر و پهناور دارد، مع هذا، امید است، مفید افتد و مواردی را که در آنها خلط و اشتباهی صورت گرفته، گوشزد فرمایند.

فصل اوّل

تعاریف، کلیّات و مستندات قاعده

همان طور که در مقدمه اشاره رفت، قاعدهٔ «نفی عسر و حَرَج»، یکی از معمول‌ترین و معروف‌ترین قواعد فقه سرشار اسلام است. این قاعده همانند قاعدهٔ «لاضرر و لاضرار فی الاسلام»، کلید حل بسیاری از مشکلات حقوقی و اجتماعی، در عرصه‌های مختلف اعم از عبادی و قضایی و اقتصادی و امثال آن بوده است.

قبل از بحث در مستندات و ماهیت قاعده، مقدمتاً مباحثی به شرح زیر تقدیم می‌گردد:

۱ـ واژه‌های عُسر و حرج

عُسر در برابر «یُسر» است. قرآن کریم می‌فرماید: **«انّ مع العسر یسراً»** . عسر را به‌دشواری و سختی و مضیقه و مشقت معنا کرده‌اند، و واژهٔ «حرج» نیز در معانی: تنگی، تنگنا، حرام، گناه، کثرت و انبوهی، مکان پردرخت و تنگ و تاریک و امثال اینها، مورد استعمال قرار گرفته است. در قرآن کریم نیز واژه حرج در همین معانی به کار رفته است. می‌فرماید: **«وَ ما جَعَلَ علیکم فی الدّین مِن حَرَج»**[۱] **«ما یُریدُالله لیجعَلَ علیکم مِن حَرَج»**[۲]

«لَیسَ علَی الاعمی حَرَج» بر کور و بیمار و ... حرجی و گناهی نیست.

بعضی معنی عسر را گسترده‌تر از حرج می‌دانند و آن را اعم از حرج معرفی کرده و

---

۱. حج / ۷۸.

۲. مائده / ۶.

به‌اصطلاح اهل منطق، رابطه عسر و حرج را عموم و خصوص مطلق شمرده‌اند و برخی رابطه این دو واژه را تساوی می‌دانند. اینها می گویند هر کار سخت و دشواری، همراه با نوعی مضیقه و تنگنا هم هست و برعکس هر مضیقه و هر کاری که همراه با فشار و تنگی باشد، سخت و دشوار نیز خواهد بود.

۲ـ تکلیف مالایُطاق

روشن است حکمی که حرجی است، یعنی حکمی که موجب عسروحرج است، با تکلیف به «مالا یطاق» یکسان نیست. در حکم حرجی مکلف قدرت بر انجام تکلیف یا تکالیف قانونی یا شرعی دارد، و انجام آن، عقلاً غیرمقدور نیست، لیکن عادتاً و در عمل همراه با مشقت و دشواری است. برای مثال: احتیاط کلی در اطراف احکام مظنون الوجوب، یا مشکوک الوجوب، یا مشکوک الحرمه، مستلزم مشقت و «حرج» است و مضایق و دشواریهایی در پی دارد.

لیکن، تکلیف به مالایطاق، حکمی است که عقلاً و عادتاً مقدور مکلف نیست، و تشریع تکالیف غیرقابل تحمل و طاقت شکن، از سوی شارع مقدس، محال و غیرمعقول است. فی‌المثل می گویند: «عقاب بلا بیان قبیح است» و بر همین اساس: «پیش از ظهور و نزول احکام اگر بگوئیم، مکلف به احکام هستیم، این تکلیف «مالا یطاق» و غیرمعقول خواهد بود و عقل آن را قبیح و ناپسند می‌داند.»[1] خداوند نیز در قرآن کریم می‌فرماید: «**ما کنا معذبین حتی نبعث رسولاً.**» قبل از ابلاغ و تبیین احکام توسط پیامبران، بدیهی است که عقاب و مجازاتی نخواهد بود. ذیلاً مستندات قاعده را بررسی می کنیم:

مستندات قاعده

الف ـ قرآن: آیات زیر، و نیز آیات دیگری از قرآن، به عنوان دلیل قاعده، مورد استناد فقهاء و دانشمندان می‌باشد:

۱ـ«**و جاهدوا فی الله حق جهاده، هو اجتبیکم و ما جعل علیکم فی الدین من حرج...**»[2]

آن‌گونه که شایسته جهاد در راه خداست جهاد کنید، او شما را برگزیده، و در دین برای شما دشواری و حرجی قرار نداده است.

---

۱. استاد دکتر فیض، **مبادی فقه و اصول**، ص ۴۴ (یا وجوب فعلی پرداخت نفقه بر شوهری که مُعسِر باشد که تکلیف مالایطاق است).

۲. حج / ۷۸.

آن گونه که مفسران و دانشمندان گفته‌اند، جهاد در آیه مذکور، جهاد به معنی اصطلاحی، یعنی نبرد در میدان جنگ نیست و به طور کلی منظور تلاش و مجاهده در راه خداوند است که شامل انجام واجبات و ترک محرمات است. واژه «دین» نیز که در آیه مندرج است، کلیه احکام را در برمی‌گیرد، به همین علت قاعدهٔ نفی عسر و حرج کلیه احکام عبادی، سیاسی، اقتصادی و حقوقی را در برمی‌گیرد.

استعمال کلمهٔ «جعل» هم در آیه دلالت بر این دارد که خداوند «احکام حرجی» را از مؤمنان و مسلمانان برداشته، نه «موضوعات» را؛ یعنی حکم حرجی مرفوع قلمداد شده (اساساً جعل نشده) نه آنکه موضوعات مرفوع باشد. خلاصه آیه شریفه می‌گوید: در عمل به احکام و دستورات شرعی اگر مکلف گرفتار عسر و حرج و مشقت باشد، حکم حرجی یا ضرری از او برداشته می‌شود. آیه زیر «مصادیق» را می‌شمارد و ذکر نمونه‌ها و مصادیق «حرج»، منظور را نشان می‌دهد:

۲ـ آیه‌ای از قرآن با ذکر نمونه‌ها و مصادیقی از «حرج»، باز هم بر قاعدهٔ «نفی عسر و حرج» تأکید می‌کند. و می‌فرماید:

«... و اِن کُنتُم جُنُباً، فاطّهروا و ان کنتم مَرضی، اَوعَلی سَفَر، اَوجاءَ اَحَد مِنکُم مِنَ الغائط، اَو لَمَستُمُ النِساءَ، فَلَم تَجِدوا ماءً، فتَیَمَموُا صَعیداً طَیِباً... ما یُریدُالله لِیَجعَلَ عَلیکم مِن حَرَج...»[1]

پاک نبودن بدن به صورتهایی که در آیه ذکر شده، بیماری، سفر(و پیدا نشدن آب در صورت ناپاکی و نیاز انسان)، نمونه‌هایی از حرج است، و در انتها می‌فرماید: خداوند اراده نکرده است که شما را در حرج و مشقت قرار دهد. سیاق آیه مذکور نیز نشان می‌دهد که آیه اطلاق دارد و عمومیت آن شامل همه احکام و مقررات شرعی می‌باشد.

۳ـ آیه دیگری می‌گوید: **«رَبّنا و لاتَحمِل علینا اِصراً، کما حَمَلتُه عَلَی الذین مِن قَبلنا»**،[2] خداوندا «اِصر» را چون گذشتگان، بر ما تحمیل نکن! اِصر تعبیر دیگری از عسر و حرج است و به معنی فشار و گناه و گرفتاری آمده است.

۴ـ و آیه دیگر: **«لایکلف‌الله نفساً الا وسعها»**،[3] به هر کسی جز در حد وسع و طاقت، خداوند تکلیف و تحمیل نمی‌کند.

---

۱. مائده / ۶.

۲. بقره / ۲۸۶.

۳. بقره / ۲۸۵.

آیات ۲۳۳ بقره، ۱۵۲ انعام، ۴۲ اعراف و آیه ۶۲ از سوره مؤمنون نیز در همین معنی دلالت دارند، و مؤید این حقیقت‌اند که احکام دین در حد وسع و قدرت و طاقت مکلفان است، و مشقت و تکلیف و احکام حرجی منفی و مردود می‌باشد.

۵ ـ آیه‌ای در سورهٔ بقره نیز، به گونه‌ای بسیار رسا، ضمن ارائه پاره‌ای از مصادیق و نمونه‌ها، دستور کلی و عامی را در نفی حرج اعلام می‌فرماید. این آیه می‌گوید:

«وَمَن كانَ مريضاً، او عَلى سَفَرٍ، فَعدة مِن اَيام اُخَر، يُريدُالله بكم اليسر و لايريد بكم العسر»،[1]

مریض، یا مسافر، (نظر به عسرت و مشقت) می‌توانند در ایام دیگری روزه بگیرند.

خداوند راحت و آسایش را بر شما اراده کرده و مضیقه و مشقت را از شما نخواسته است. جمله «یریدالله بکم الیُسْر و ...» عمومیت دارد و کلیه احکام را شامل می‌شود.

ب ـ نگاهی به اخبار (سنّت): در بین اخبار نقل شده از پیشوایان و ائمه(ع)، نیز بر نفی «عسر و حرج» و مشقت تأکید شده و در موارد زیادی به این قاعده، به صورتی کلی و عام که نشانگر اطلاق و گستردگی و فراگیر بودن آن است، استناد گردیده است. به موارد زیر توجه کنیم:

۱ـ روایت «حنان بن سُدیر» که در کتابهای **تهذیب** و **استبصار** نقل شده است، بسیار آموزنده و هدایتگر است. تعدادی از حجاج بر امام «ابی جعفر» (علیه‌السلام) وارد می‌شوند و امام یکی از آنها (زیاد) را می‌بیند که از گرما بشدت سوخته و به اصطلاح پوست افکنده است، و به او می‌گوید: «**من این احرمت؟**.» از کجا مُحرم شده‌ای؟ زیاد در پاسخ می‌گوید: از کوفه. امام می‌فرماید: چرا از کوفه احرام بسته‌ای؟ مرد جواب می‌دهد؛ از برخی شنیده‌ام که هر چه فاصله احرام دورتر باشد، فضیلت بیشتری دارد و ثواب آن عظیم‌تر است. امام در پاسخ می‌فرماید: «**وما بلغک هذا، الا کذاب**»! انسان دروغگویی بر تو چنین گفته است به عبارت دیگر، جز کذاب و آدم بسیار دروغگویی، این مطلب را بر تو نگفته است!!

آنگاه همان سؤال را، امام(ع)، از دیگری (ابی حمزه) می‌پرسد، که از کجا احرام بسته‌ای؟ پاسخ می‌دهد: از «رَبَذه.» امام می‌پرسد: چرا از ربذه!؟ آیا به‌خاطر اینکه قبر ابوذر در آنجاست؟ سپس از دو تن دیگر از حاجیان همان سؤال را می‌پرسد: پاسخ می‌دهند: «من العقیق.» «**فقال: اصبتما الرخصة و اتبعتما السنة.**» کار نیکویی کردید و از سنت و رخصت پیروی کردید.

---

۱. بقره/ ۱۸۵.

«ولایعرض لی بابان، کلاهما حلال، الا، اخذت بالیسیر، و ذالک ان الله یسیر، یحب الیسیر، و یعطی علی الیسیر، مالایعطی علی العنف»[۱] هرگز دو کار یا دو موضوع بر من عرضه نشده است، الا اینکه، کار آسانی را برگزیده‌ام. و این، بدان خاطر است که پروردگار آسان‌گیر است، و سماحت و آسانی را دوست دارد و بر طاعت اندک اجر می‌بخشد؛ اجر و ثوابی که برسختی و بی‌رحمی روا نمی‌دارد.

یک نکته اخلاقی

بیان امام(ع)، تا چه حد آموزنده است، و تا کجا بر پاره‌ای از افراط و تفریطها یا حتی تلاشهای غیرلازم، خرده می‌گیرد و راه وروش تعلیمات صحیح را نشان می‌دهد و با آن همه تأکید احکام دین بر خودسازی و جهد و جهاد، حرکت و تلاشی را که رنگ افراط یا تفریط به‌خود می‌گیرد و نهایتاً نتایج ثمربخشی ندارد، مطلوب و پسندیده نمی‌انگارد.

این شیوه، بخصوص در روزگار ما که برخی افراط و تفریطها، در بین جوانان مسلمان رواج پیدا کرده، بسیار پرثمر بوده و بوضوح راه و روش صحیح را نشان می‌دهد. به گفته مولا علی(ع): «**الجنوب و الشمال مذلة، و طریق الوسطی هی الجاده!**» به هر حال، چپ و راست‌زدنها و افراط و تفریطها، جز کجروی و گمراهی، در پی نخواهد داشت، و راه همان راه «میانه» و معقولی است که ائمه راستین آن را معرفی کرده‌اند.

۲ـ روایت عبدالاعلی مولی آل سام است که به امام صادق(ع) می‌گوید: لغزیدم و ناخن انگشتم قطع و جدا شد و با پارچه‌ای انگشت خود را بستم، چگونه وضو بگیرم؟ پاسخ امام(ع)، جالب است. می‌فرماید: «یعرف هذا و اشباهُهُ من کتاب الله عزوجل، قال الله: ما جعل علیکم فی الدین من حرج امسح علیه.»[۲]

امام می‌فرماید: حکم این مورد و اشباه و نظایر آن در کتاب خدا روشن است، خداوند فرموده است که: در دین حرج و دشواری بر شما مقرر نشده، بر آن مسح کن! یعنی مسح و کشیدن دست روی همان پارچه کافی است.

۳ـ روایت ابوبصیر نیز قابل تأمل است. می‌گوید به امام صادق(ع)، عرض کردم، در سفرها به غدیرها و حوضچه‌هایی از آب باران برمی‌خوریم که در کنار دهکده‌ها واقع شده و انواع نجاسات در آن دیده می‌شود.(چه باید کرد؟) امام در پاسخ می‌گوید: آب را به هم

---

۱. خبر مذکور در کتاب **القواعد الفقهیه** استاد آیت‌الله بجنوردی، به نقل از کتابهای **تهذیب** و **استبصار** به طور کامل درج گردیده است(ص ۱۳۹).

۲. به کتابهای **تهذیب**، **استبصار** و **وسایل** مراجعه شود. نقل از منبع پیشین.

بزن (کثافات را کنار بزن)، آنگاه وضو بگیر، و «**ان الدین لیس بمضیق**»! دین مضیقه‌ساز و مشقت‌آفرین نیست، «**لان الله عزوجل، یقول، ما جعل علیکم فی الدین من حرج.**»[1]

امام (ع)، نه تنها به قاعدهٔ نفی عسر و حرج و بیان قرآن استناد کرده، علاوه بر این، باتعبیر شیوای دیگری نیز به این حقیقت تأکید فرموده است که : «دین مشقت آفرین نیست.» این روایت هم با سیاقی که دارد، عمومیت و شمول قاعده را بخوبی و روشنی بازگو می‌کند. به گفته آقای دکتر محقق داماد:

«حکمت عدم انفعال آب کُر، در واقع خود دلیل نفی عسر و حرج، و وجود توسعه و گشایش و رفع تنگنا و مضیقه از مسلمانان است.»[2]

۴ـ حدیث مشهور از پیامبر اسلام(ص)، است که می‌فرماید:

«**بعثت بالحَنَفیّة السمحة السهله**» یعنی به دین و آئین حنیف و سهل و آسان مبعوث و مأمور شدم. همین بیان مؤید این حقیقت است که دستورات شاق و حرجی در دین مبین اسلام مردود است.

روایات در این زمینه زیاد است، و آنچه از مجموع آیات و روایات برمی‌آید، این است که احکام حرجی در دین اسلام نفی گردیده است.

ج ـ اجماع: همان‌طور که می‌دانیم «اجماع مدرکی» حجیّت ندارد. اجماع مدرکی، آن‌گونه از «اجماع» است که از دلایل عقلی یا نقلی دیگر سرچشمه گرفته و از آن منابع اخذشده باشد، و در صورتی که مبنای اجماعِ نظر فقها، یک دلیل عقلی یا نقلی باشد، حجیّت ندارد. در حقیقت، حجیّت در این موارد، از آنَ همان دلیل عقلی یا روایت است، و در چنین مواردی هر یک از فقها، باید به همان دلیل نقلی (فی المثل) روایت مراجعه کند و بر همان اساس استنباط و نتیجهٔ کاوش خود را عرضه نماید. استاد بجنوردی در این زمینه نوشته‌اند:

«اجماع امامیّه، بلکه علمای اسلام، بر عدم جواز حکم حرجی در اسلام است. صغری مسئله، که همان ثبوت اصل اجماع باشد تمام است، لیکن کبرای مسئله تمام نیست. بدین معنی که اجماع به حسب لُبّ و واقع، جزء ادلّه به شمار نمی‌آید، اما اگر دلیلی بر وفق مجمعین نبود، پس از احراز و کشف قطعی رأی معصوم علیه‌السلام، اجماع سنّت را گزارش می‌کند.

به تعبیر دیگر، اجماع مُحقِقِ سنّت است، لیکن در ما نحن فیه، کتاب و سنّت، و دلیل

---

۱. همان.

۲. محقق داماد، سیدمصطفی، **قواعد فقه**، ص ۶۸.

عقل بر وفق مجمعین قائم‌اند، و قهراً اجماع مورد بحث در اینجا اجماع اصولی شمرده نمی‌شود، و اجماع مدرکی محسوب می‌گردد و اعتباری ندارد.»[1]

با توجّه به توضیحات بالا، اگر اجماعی هم در نفی احکام حَرَجی باشد، این گونه از اجماع، به عنوان اجماع اصطلاحی نیست.

د ـ عَقلْ و بناء عُقلا: به نظر می‌رسد، آنچه در این بخش از مستندات قاعدهٔ «عُسر و حَرَج»، باید مورد بررسی قرار گیرد، همان تأسیس یا اصطلاح: «بناء عقلا» است و دلیل «عقل» آن گونه که می‌شناسیم با «بناء عقلا» تفاوتهایی دارد. علّت طرح این سؤال، این است که در بررسی قاعده فوق، و در ذکر مستندات، برخی از بزرگان موضوع را تحت عنوان: «عقل» مطرح کرده و در ذیل همین عنوان «بناء عقلا» را توضیح داده‌اند ولی بعضی از فحول و صاحب‌نظران، تحت عنوان «بناء عقلا»، به توضیحاتی پرداخته‌اند.

در خصوص دلیل عقل، به عنوان دلیل چهارم از ادلّه اربعه (کتاب، سنّت، اجماع، و عقل)، در دو سه دهه گذشته تحقیقاتی به عمل آمده است.[2] (البته این عنوان از حدود قرن دوم و اوایل قرن سوم مطرح بوده، لیکن، هر فقیهی به گونه‌ای گذرا، به آن پرداخته و مطلب به‌طور منقّح، بررسی نشده است و هر کس به زبانی، صفت مدح عقل را گفته است). لیکن هنوز هم میدان کند و کاو در این مسئله بسیار است و زوایای مسئله باز هم به طور روشن و دقیقی منقح و روشن نشده است. برخی حتّی دلیل «عقل» را به عنوان یک منبع مستقل به رسمیّت نشناخته و آن را در احکام شرعی حجّت نمی‌دانند. بعضی دیگر ادراک عقل و کاشفیّت آن را پذیرفته‌اند، لیکن «عقل» را به عنوان دلیلی که بتواند مکلّف را شرعاً، مُلزم کند، صالح نمی‌دانند.[3]

به هر تقدیر، در بحث از قاعدهٔ «عسر و حرج»، به‌نظر می‌رسد، بناء عقلا، می‌تواند مستند قرار گیرد، و نه دلیل عقل، زیرا، آن‌طور که استاد مطهری هم می‌گوید، دلیل عقل همان دلیل قطعی یقینی است و لذا:

---

۱. **القواعد الفقهیه**، ص ۱۴۰.

۲. استاد بجنوردی، **مقالات اصولی**. استاد محمدرضا مظفر، **اصول فقه**، ج ۱ و ۲، مبحث عقل. استاد فیض (دکتر علیرضا) کتاب **مبادی فقه و اصول**، مقاله عقل. استاد محمدجعفر جعفری لنگرودی، کتاب **مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام** و کتاب **حقوق اسلام**، مبحث عقل. استاد علیان عرسانی، کتاب **العقل عندالشیعه الامامیّه**. استاد فیض، مقاله عقل، مجله کیهان فرهنگی. استاد مطهری، کتاب **علوم اسلامی، اصول فقه**، بحث عقل. کتاب **الفصول فی الاصول**، مبحث عقل ـ **قوانین الاصول**، همین مبحث و ...

۳. در کتاب **قیاس و سیر تکوین آن در حقوق اسلام**، این موضوع را تا حدودی مطرح کرده‌ایم و سؤالات به‌نحوی در آن مقاله مطرح شده است. نیز به کتاب عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق، مراجعه فرمائید.

«و این در صورتی است که عقل به یک مصلحت لازم‌الاستیفاء و یا مفسدهٔ لازم‌الاحتراز به طور قطع ویقین و بدون شبهه دست یابد، و به اصطلاح به «ملاک» و «مناط» واقعی به‌طور یقین پی ببرد. و الّا با صِرف ظنّ و گمان و حدس و تخمین نمی‌توان نام حکم عقل بر آن نهاد. قیاس (در غیر موارد قیاسات منصوص العلّه) به همین جهت باطل است که ظنّی و خیالی است، نه عقلی و قطعی...»[1]

صاحب کتاب **قوامع الفضول** در تعریف دلیل عقل می‌گوید:

«دلیل عقلی عبارت است از حکم عقل و محصول آن که موجب اکتشاف قاعده یا تصمیم حقوقی شود.»[2]

در این تعریف نیز، سیاق عبارات به طوری است که قطعی بودن دلیل عقلی را می‌رساند.

استاد مرعشی نویسنده کتاب **دیدگاههای نو**، نیز دلیل عقل را، غیر از «بناء عقلا» می‌دانستند و در مذاکراتی که با ایشان داشتم، می‌فرمودند:

«عقل، حکایت از واقع و امر واقعی می‌کند. انسان هم نباشد آن واقعیات موجود است. عقل کاشف واقع است. مثلاً عقل حکم می‌کند که دفع ضرر واجب است. این حکم واقعی در همه اعصار و امصار یکسان وجود دارد. نفی عسر و حرج اگر عقلی باشد، نباید در هیچ کجا و در هیچ دینی یافت شود، در حالی که عسر و حرج در برخی موارد و احکام وجود داشته است. در بناء عقلا، باید جامعه‌ای باشد، تا این عنوان تحقق پیدا کند.»

ظاهراً بنا به دلایل و نظرات فوق است که بعضی از دانشمندان، تفاوتهای دلیل «عقل» و «بناء عقلا» را به شمارش کشیده‌اند. به اظهارنظر زیر توجه کنیم:

بناء عقلا و دلیل عقل از جهات ذیل با هم فرق دارند:

الف ـ بناء عقلا اسم عملکرد عقلا است، و دلیل عقل یک استنتاج عقلی است که به‌عقل بستگی دارد.

ب ـ بناء عقلا به تکرار عمل بستگی دارد و دلیل عقل به آن وابسته نیست.

ج ـ بناء عقلا هرگاه ناشی از عمل ارادی باشد،[3] حتماً مسبوق به مصلحت سنجی است

---

۱. شهید مطهّری، مرتضی، **فقه و اصول فقه**، ص ۳۸.

۲. لنگرودی، مکاتب **حقوقی در حقوق اسلام**، ص ۱۲۴.

۳. بناء عقلا گاه یک عمل ارادی مکرر است مثل «ید» مالکیت و امارات مبتنی بر غلبه و گاه مبتنی بر اعمال ارتکازی و ناشی از فطرت است، مانند استصحاب و اصل عدم(منبع یاد شده، ص ۶۲ و ۶۳).

و حال اینکه دلیل عقل ممکن است کاملاً مجرد بوده و ربطی به مصلحت‌سنجی ندارد. مثلاً قبول کاشف به کشف حکمی (موضوع ماده ۲۵۸ ق ـ م)، با قاعده علت و معلول و با تقدم علت بر معلول که یک دلیل عقلی مجرد است، وفق نمی‌دهد، ولی با دلیل مصلحت‌سنجی وفق می‌دهد و همچنین است، قاعده تلف مبیع قبل از قبض (ماده ۳۸۷ ق ـ م).[۱]

با توجه به نظر بالا، بناء عقلا روی حساب مصالح پدید می‌آید و ممکن است مورد تأیید عقل نباشد. فی‌المثل تصرف، در نظرگاه عقل اعم از مالکیت است، ولی در بناء عقلا تصرف علامت و «اماره» بر مالکیت است، و شاید به همین دلیل، آیت‌الله نائینی در مورد استصحاب می‌گوید:

«عمل العقلاء علی **الحالة** السابقه ... لیس لحصول الاطمینان، بل لکون فطرتهم جرت علی ذالک، فصار البناء، علی بقاء المتیقن من المرتکزات فی اذهان العقلا...»[۲]

یعنی عمل عقلا در استصحاب نه به لحاظ یقین و اطمینان علمی است، بلکه عقلا در این موارد تنها بر فطرت خود عمل می‌کنند. و گرایش به حالت سابقه ارتکازی اندیشه عقلاست.

ملاحظه می‌فرمایید که در استصحاب (ابقاء ماکان) هم، بناء عقلا یا عرف عقلا، یا سیره عقلا، یا عمل عقلا و یا طریقه عقلا که همه دارای یک مفهوم هستند، مورد استناد است و نه «قطع و یقین» عقلی یا همان «اطمینان» که در دلیل «عقل» مطرح می‌شود.

بنا به توضیحات یاد شده است که استاد بجنوردی، در مبحث مستندات قاعده «عسر و حرج»، یکی از مستندات را «بناء عقلا» معرفی می‌کنند (و نه دلیل عقل)، و تحت عنوان «بناء عقلا»، می‌فرمایند:

«بناء عقلا نیز، قائم بر عدم تجویز تشریع احکام حرجیه در تمامی ابعاد است، و شارع مقدس که خود رئیس عقلا است، نمی‌تواند تخطی از یک سیره مسلم عقلانی بکند.

به تعبیر دیگر، مدرکات عقل عملی ـ که همان آراء محموده باشد،[۳] حکم به عدم

---

۱. دکتر لنگرودی، محمدجعفر، **دانشنامه حقوقی** (حرف ب ـ ث)، ص ۶۲؛ و مادّه ۲۵۸ ق ـ م مقرر می‌دارد: «نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن، اجازه یا ردّ، از روز عقد مؤثر خواهد بود.»

۲. **تقریرات اصول نائینی**، ج ۴، ص ۱۱۸، به نقل از **دانشنامه حقوقی**، ج ۲، ص ۶۰.

۳. آراء محموده یا تأدیبات صلاحیه قضایایی است که حفظ نظام و بقاء نوع انسان بسته به آنهاست؛ و از این رو، رعایت مصلحت عمومی اقتضای تصدیق و پذیرش آنها را دارد و همین امر موجب توافق آراء عقلاء بر آن گشته است (**منطق مظفر**، استاد محمدرضا مظفر، ص ۱۶۵). استصحاب و حجیّت ظواهر براساس همین بناء عقلا است.

تجویز حکم حرجی می‌کند (لایبلغی فعله)، و شارع مقدس پس از کشف این مطلب که در متعلق حکم حرجی مفسده وجود دارد، قهراً آن حکم را فاقد ملاک، و بنابراین مرفوع اعلام می‌کند.»[1]

در کتاب **اصول فقه** استاد مظفر نیز، تفاوت بین، حکم عقل و «بناء عقلا»، مطرح شده است. ایشان چنین توضیح داده‌اند:

۱ــ در بناء عقلا، اجماع عقلاء موردنظر است، لیکن در حکم عقل، کاری با عقل دیگران نداریم، بلکه به عقل خود مراجعه می‌کنیم. چه بسا حکم عقل، بکلی از بناء عقلا بی‌اطلاع باشد.

۲ــ بناء عقلا، یک امر عملی است. فی المثل، همهٔ عقلای عالم، به خبر «ثقه» عمل می‌کنند. ولی «حکم عقل» نوعی قضاوت است که عقل هر عاقلی در قضاوت خود به آن توجه و تکیه می‌کند و حکم خاص خود را صادر می‌نماید، هرچند بسیاری از عقلا، بر وفق حکم عقل عمل نکنند. مثلاً عقل حکم می‌کند که دروغ گناه و قبیح است، ولی انسانها عملاً در جایی که منافع شخصی آنها ایجاب می‌کند دروغ هم می‌گویند. یا عقل می‌گوید: عدالت خوب است، لیکن انسانها در عمل ستم و طغیان نیز می‌کنند. یا عقل می‌گوید: رجوع جاهل به عالم واجب و لازم است، لیکن در واقع و در عمل خیلی‌ها، روی علل و عوامل خاصی مثل کمرویی یا تنبلی و یا جهات دیگر اقدام به سؤال یا مراجعه به عالم و متخصص نمی‌کنند.

با توجه به آنچه گذشت، هرچند بعضی از دانشمندان، چهارمین دلیل بر قاعده نفی عسر و حرج را «عقل» دانسته‌اند، لکن منظور همان «بناء عقلا» است و در این خصوص استدلال کرده‌اند که تکلیف آنچه موجب عسرت و مشقت گردد، موجب مفسده یا مفاسدی خواهد گردید که با مصلحت تشریع و همچنین با مصالح جامعه سازگاری نخواهد داشت. عسرت و مشقت تکلیف باعث امتناع مکلفان می‌شود و همین امتناع خود موجب مفسده و عصیان خواهد شد و عقلای عالم قبح چنین عملی را ادراک کرده و بناء عقلا آن را مردود می‌داند.

ملاحظه: هرچند دلیل عقل، با «بناءعقلا» تفاوتهایی دارد، امّا، همان‌طور که در بحث از قاعده لاضرر گذشت، **«عقل»** هم احکام «حَرَج»ی را مردود می‌داند و لذا می‌تواند به عنوان دلیل نفی عسر و حرج مطرح گردد.[2]

---

۱. **قواعد فقهیه**، ص ۱۴۰.

۲. در این مورد به بخش عقل و نیز مبحث بناء عقلا، کتاب: **عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق** مراجعه فرمائید.

فصل دوّم

مفاد و دلالت قاعده

در مفاد قاعدهٔ «نفی عسر و حرج» نیز همانند قاعدهٔ «لاضرر» دانشمندان عقاید مختلفی ابراز کرده‌اند:

۱ـ بعضی چون حضرت شیخ انصاری معتقدند که غرض عدم تشریع حکم حَرَجی و ضرری است. یعنی شارع حکم حرجی را که موجب مشقت و عسرت مکلفان شود، اساساً تشریع نکرده است. چه این حکم، یک حکم تکلیفی باشد و چه یک حکم وضعی. در حقیقت صاحبان این نظر می گویند: مفاد قاعده همانند قاعدهٔ لاضرر و لاضرار، نفی حکم حَرَجی است و اسلام هرگز حکمی را که موجب مضیقه گردد تشریع نفرموده است. در واقع هرجا از حکم ضرری به هم رسد، آن حکم منفی و مردود است. مثل عدم لزوم در معامله غبنی.

۲ـ بعضی دیگر از دانشمندان مفاد قاعدهٔ «نفی عسر و حرج» را نفی حکم به لسان نفی موضوع دانسته‌اند. براساس نظریهٔ «نفی حکم به لسان نفی موضوع»، به جای اینکه حکم یک‌موضوع نفی شود و مستقیماً آن حکم مرفوع اعلام گردد، موضوع حکم به صورت ادعایی نفی می‌شود. مرحوم آقای آخوند این گونه اظهار می‌دارد:

«... کما ان الظاهر ان یکون «لا» لنفی الحقیقه، کما هو الاصل فی هذا التر کیب حقیقة او ادعاءً، کنایةً عن نفی الآثار، کما هو الظاهر من مثل: (لا صلاة لجار المسجد الا فی المسجد) و (یا اشباهَ الرجال و لا رجال)...» [1]

ظاهراً، کلمه «لا» برای نفی حقیقت می‌باشد، زیرا اصل و معنای حقیقی در چنین ترکیبی

---

۱. کفایةالاصول، ج ۲، مبحث قاعدهٔ لاضرر.

همین معنی است. یعنی کلمه «لا» را باید یا حقیقتاً بر نفی جنس و ماهیت حمل نمود و یا ادعائاً، و در هر صورت این نفی کنایه است از نفی آثار، همان طور که در جملهٔ: «**لاصلاة لجار المسجد الا فی المسجد**» و یا در عبارت: «**یا اشباه الرجال و لا رجال**» کلمه «لا»، برای نفی حقیقت آمده، اعم از آنکه نفی مذکور حقیقتاً بوده است یا ادعائاً، ولی این نفی کنایه از نفی آثار می‌باشد، پس در مثال نخست، «لاصلاۀ» کنایه از این است که نماز کسی که همسایه مسجد است، کامل، یا صحیح و یا مورد قبول نیست و در کلام مولا امیرالمؤمنین(ع) که خطاب به جمعی از مردم کوفه است، غیرت و شجاعت آنها، به طور ادعایی نفی شده است. توضیح آنکه:

«نفی» چیزی از فرد یا شئ، گاه به صورت واقعی و گاهی به صورت «ادعایی» می‌باشد. نفی حقیقی در زمانی است که «لای» نافیه حقیقتاً از مدخول خود نفی حقیقت می‌کند، مثل: «لارجل فی الدار.»

نفی ادعایی، آن است که نفی در لسان کنایه و به صورت «ادعایی» می‌باشد. فی‌المثل: چون گوینده در چیزی یا کسی آثار و صفات دلخواه و مطلوب خود را نمی‌بیند، از آن کس یا از آن «شیء»، به صورت ادعا، نفی حقیقت می‌کند، مانند کلام حضرت علی(ع)، که می‌فرماید: «**یا اشباه الرجال و لا رجال....**» در این جمله نفی حقیقت مردی و مردانگی، به نحو واقعی و حقیقی نیست، بلکه به صورت ادعایی نفی حقیقت «مردی» شده است. امیرالمؤمنین(ع) در گروه مردانی که از جهاد و دفاع فرار می‌کنند، آثار شجاعت و مردانگی را که خصلت «مردان» است نمی‌بیند و به منظور توبیخ و تحقیر آنان، عبارت «ولارجال» را می‌گوید و ... مقتضای بلاغت نیز همین است. «نفی حکم به لسان نفی موضوع»، نظایر زیادی در لسان اخبار و احادیث دارد. به مثالهای زیر توجه کنیم:

«امیرالمؤمنین(ع) می‌فرماید: «**لیس بین الرجل و ولده ربا.**»[1] بین پدر و فرزند ربا نیست. پیامبر بزرگ اسلام نیز در خصوص «غیبت» فرموده است: «**من القی جلباب الحیاء لاغیبة له.**»[2] «کسی که پرده‌های عفت و شرم را پاره کرد، غیبت در مورد او، غیبت محسوب نمی‌شود.»

در این موارد، احکامی که برای طبیعت ربا و غیبت وضع شده، انطباق آن طبیعت، بر این موارد خاص منتفی شمرده شده است و این افراد خاص مشمول آن طبیعت نمی‌شوند. لیکن نه

---

۱. **وسایل**، ج ۶، ص ۴۳۶.
۲. **تحف‌العقول**، ص ۳۸.

اینکه صریحاً نفی حکم شده باشد (مثلاً بگوید ربا بین پدر و فرزند حرام نیست) یا اینکه (غیبت انسان بی‌شرم جایز است)، بلکه فرموده است؛ ربای بین پدر و فرزند، ربا نیست و ...

۳ـ برخی از فقها و دانشمندان بر این نظرند که اساساً در ترکیباتی مثل «لاضرر» و «لاحرج»، «لا» به اصطلاح «لا»ی نافیه نیست. این اندیشمندان می‌گویند: در جملاتی چون «لاحرج» و امثال آن «لا» در معنای مجازی استعمال شده و به معنی «نهی» است. مثالهای زیر از همین قبیل‌اند:

ـ «**لارفث و لافسوق و لاجدال فی الحج**»،[1] یعنی در حج جدال و فسق و بدکاری ممنوع است.

ـ «**لاحمی فی الاسلام**»، یعنی در اسلام قرق کردن مراتع و چراگاههای عمومی ممنوع است.

ـ «**لا طاعة لمخلوق فی معصیته الخالق**»، یعنی در جهت گناه در پیشگاه خداوند، نباید از احدی اطاعت کرد.

نظر بالا را به مرحوم، آیت‌الله العظمی شریعت‌اصفهانی نسبت داده‌اند. خلاصه اینکه ایشان معتقد است در این قبیل جملات «لا» به معنی نهی است و نه نفی.

حضرت امام خمینی(قدس سره) نیز در مبحث قاعدهٔ لاضرر پس از تمهید مقدماتی، معتقدند که «لا» در امثال جملات و ترکیبات یاد شده، «لا»ی نهی است، النهایه این نهی، نهی سلطانی یا حکومتی است. توضیح اینکه، در احکامی چون لاضرر و لاحرج، پیامبراسلام(ص)، به عنوان فرمانده و حاکم جامعه اسلامی حکم صادر می‌کند و این قبیل فرامین از منصب ولایت و حکومت و ریاست مجتمع اسلامی سرچشمه می‌گیرد، و پیامبر در مقام حکمران و مدیر جامعه اسلامی، دستور لاضرر و «لاحرج» را به صورت یک ضابطهٔ حکومتی اعلام می‌فرماید و مسلمانان را از ایراد ضرر و ایجاد مضیقه و سختی و عُسرت منع می‌کند.

بر هر یک از نظرات بالا، ایراد و اشکال شده است که به منظور رعایت اختصار و با توجه به اینکه محل اصلی بحث در این زمینه در بررسی قاعده «لاضرر» صورت می‌گیرد، سخن را در این خصوص کوتاه کرده و با بیان نظر استاد محترم آیت‌الله بجنوردی، کندوکاو افزون‌تر را به موضوع بحث از قاعده «لاضرر» موکول می‌کنیم.

استاد بجنوردی نوشته‌اند:

---

۱. بقره / ۱۹۷.

«... حق در مقام این است که مفاد قاعدهٔ لاحرج، همانند قاعدهٔ لاضرر، نفی نفس حکم حرجی است، در واقع این معنی در قاعده مورد بحث (لاحرج) مؤدّای آیه شریفه: «و ما جعل علیکم فی الدین من حرج» است و نیاز به تکلفاتی نیست که در قاعده لاضرر محققان ذکر کرده‌اند.»[1]

الف ـ حرج شخصی یا حرج نوعی

آنچه از بررسی مصادیق «قاعده» برمی‌آید و همچنین دقت در روایات و اخبار، حکایت از آن دارد که قاعده «نفی عسر و حرج» در بعضی از موارد «شخصی» و بسته به مورد است و در بعض دیگر «حرج» و مشقت «نوعی» است. فی‌المثل در نفی حکم جهاد از بیماران و سالخوردگان، حرج همان حرج شخصی و موردی است، لیکن در مواردی مثل «نماز قصری» و «تشریع تقیه»، حرج «نوعی» می‌باشد. در روایات نوع اخیر که حرج «نوعی» را بیان می‌دارد، «عسر و حرج» به اصطلاح از مقوله حکمت حکم محسوب می‌شود،[2] بعضی از اساتید ملاک را عسر و حرج شخصی دانسته‌اند.[3]

موضوع «شخصی» یا «نوعی» بودن قاعده، در مبحث «اضطرار» که از مصادیق قاعده «نفی عسر و حرج» است، نیز مطرح شده و اکثر حقوقدانان و اساتید حقوق مدنی، از شخصی یا نوعی بودن اضطرار بحث کرده‌اند.[4]

ب ـ ضابطه اضطرار (حرج)

اضطرار که در لسان فقهی همان «عسر و حرج» یا مصداقی از آن است، چگونه شناخته می‌شود؟ آیا می‌توان حد و مرز یا تعریف مشخصی از اضطرار ارائه کرد؟ به این سؤال پاسخهایی از سوی فقها و حقوقدانان داده شده است. ماحصل ضابطه یا توضیحی که در این مورد می‌توان ارائه داد، این است که گفته‌اند:

«... اگر برخلاف یک قانون الزامی (حکم، یا قانون امری) عمل نشود میزان زیان حاصل از عمل به آن قانون، مساوی یا بیشتر از میزان منافع عمل به آن قانون باشد، در این صورت

---

۱. **قواعد فقهیه**، ص ۱۴۱.

۲. دکتر محقق داماد، **قواعد فقه**، بخش مدنی، ص ۷۵.

۳. دکتر ابوالحسن محمدی، **قواعد فقه**، ص ۲۶۱، با ارجاع به نظرات آیت‌الله بجنوردی و نراقی، **عوائدالایلام**.

۴. لنگرودی، **منطق حقوق**، ج ۳، مبحث قاعدهٔ لاضرر.

حکومت عقل این است که برخلاف آن قانون و در جهت دفع ضرر، اقدام شود، زیرا می‌دانیم که زیربنای قوانین محاسبه مصالح و مفاسد است.»[۱]

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، بحث اضطرار در احکام الزامی و قوانین امری (حکم و نه حق) مطرح می‌شود. البته باید توجه داشت که اسباب تخفیف در احکام و تکالیف (رخصت‌ها)، نتیجه قاعده عسر و حرج و اضطرار می‌باشد (سفر، مرض، اکراه، جهل، عسر و امثال اینها از مصادیق قاعده نفی حرج بوده و اسباب تخفیف یعنی رخصت‌ها می‌باشد).

به هر تقدیر، با وجود اضطرار می‌توان برخلاف الزامات قانونی (حکم) در صورتی که منع نشده باشد (یعنی از موارد عزیمت نباشد) عمل و اقدام کرد.[۲] توضیح آنکه «حکم» دوگونه است. در بعضی از انواع (در برابر حق)، به هیچ صورتی اقدام برخلاف آن جایز نیست. لیکن در گروهی از احکام با شرایط و شروط مخصوصی، می‌توان تغییراتی در آنها داد و این زمانی است که اجرای حکم یا قانون معینی موجب عسر و حرج گردد. پس عسر و حرج و اضطرار نه در همه انواع «حکم»، بلکه در برخی از موارد می‌تواند الزامات قانونی را تغییر دهد. آن مواردی که تغییر به موجب عسر و حرج جایز است، «رخصت» و مواردی از احکام که به هیچ وجه، یعنی با وجود عسر و حرج هم نمی‌توان تغییری در آنها ایجاد کرد، «عزیمت» نامیده می‌شود.

ج ـ اضطرار در حقوق مدنی

در قانون مدنی، آن گونه که از مواد ۱۹۹ و ۲۰۶ برمی‌آید، معامله ناشی از اکراه «غیرنافذ» است، لیکن عقدی که در نتیجه عسرت و اضطرار واقع می‌شود صحیح است.

«در اکراه تهدید به طور مستقیم برای وادار کردن مکره به معامله انجام می‌گیرد، به‌گونه‌ای که رضای او نتیجه همان تهدید تلقی می‌شود: یعنی رضای مکره برای همان کاری داده می‌شود که تهدید به خاطر وقوع آن انجام شده است. ولی در اضطرار، فشاری که به معامل

۱. قواعد شهید اول، **اشباه و نظایر** ابن نجیم، **موافقات شاطبی**، **قوامع الفضول** و ... به نقل از **مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام**، ص ۱۲۸، دکتر محمدجعفر جعفری‌لنگرودی. با توجه به شخصی یا نوعی بودن ملاک عسر و حرج، تعیین حد و تعریف برای آن مشکل است، صاحب **جواهر** پس از نقل اقوال می‌گوید: باید اقتصار نمود بر اندازه‌ای از عسر و حرج شدید که تحمل آن عادتاً سخت و دشوار باشد و آیت‌الله مکارم شیرازی در تعریف عسر و حرج می‌گوید: «عسر و حرج آن است که مستلزم مشقت شدیدی باشد که مردم عادتاً آن را تحمل نمی‌کنند. (**القواعد الفقهیه**، ج ۱، ص ۱۷۴)

۲. همان.

وارد می‌شود، نتیجه اوضاع و احوالی است که مقصود از آن اجبار او بر انجام معامله نبوده است. در این مورد، محرک انشاء عقد، امری درونی و شخصی است، و تفاوت آن با سایر معاملات در این است که این محرک، ناشی از اشتیاق به انجام معامله نیست، لزوم فرار از ضرر دیگری، آن را به وجود آورده است.»[۱]

د ـ گستره قاعده «نفی عسر و حرج» در امور عدمی

این بحث در کتابهای اصولی، بخصوص در کتاب ارجمند **کفایة الاصول** مرحوم آقای آخوندخراسانی مطرح شده است که آیا، عدم‌الحکم، هم نوعی حکم محسوب می‌شود یا نه؟[۲] به مثال زیر توجه کنیم:

فی‌المثل، سؤالی به این صورت مطرح می‌شود که: آیا به استناد قاعده «نفی عسر و حرج» می‌توان زوجه‌ای را که به علت مفقود شدن زوج و نداشتن نفقه و گرفتاری زن طلاق داد؟ فرض کنیم زوج مفقود شده، و سه سال و اندی است (کمتر از چهار سال) که خبری و اثری از او نرسیده است و زوجه به علت نداشتن نفقه در مضیقه قرا گرفته و ادامه زندگی بر وی دشوار شده است. آیا «حاکم» با استناد به قاعده «نفی عسر و حرج» می‌تواند چنین استدلال کند که عدم طلاق زوجه موجب عسر و حرج است، پس طلاق زوجه جایز است؟

بر این سؤال پاسخهای مختلفی داده‌اند. برخی چون آیت‌الله نائینی معتقدند که قاعده نفی حرج صرفاً شامل و ناظر بر احکام وجودی است و معنای «لاحرج» نفی حکم شرعی موجودی است که از اجرای آن مشقت و ضرر حاصل می گردد. این گروه از فقها عقیده دارند که: عدم الحکم، حکم شرعی نیست.

برخی دیگر چون آیت‌الله خوئی معتقدند که، عدم‌الحکم خود نوعی حکم است و قاعده نفی عسر و حرج دربرگیرنده احکام عدمی نیز هست و عدم جعل حکم در موضوعی که صلاحیت و قابلیت جعل حکم را دارد، در واقع نوعی جعل حکم است و ...[۳]

به نظر می‌رسد نظر دوم صائب‌تر و غنی‌تر است، بخصوص با توجه به اینکه برخی از فقهای بزرگ چون آیت‌الله سیدمحمدکاظم یزدی صاحب کتاب ارجمند **عروة‌الوثقی**،[۴] در

---

۱. انصاری، شیخ مرتضی، **مکاسب**، ص ۱۱۹.

۲. **کفایه**، به تنبیهات، مبحث استصحاب مراجعه شود.

۳. دکتر محقق داماد، همان مرجع، ص ۷۹.

۴. یزدی، سیّدمحمدکاظم، **ملحقات عروه**، ج ۲.

همان مسئله طلاق زنی که در اثر فقدان زوج به عسرت و مشقت افتاده، به استناد قاعده نفی عسر و حرج، حکم به جواز طلاق زوجه توسط «حاکم» داده‌اند. از سوی دیگر، یک سیستم حقوقی جامع و سرشار، باید به هر صورت پاسخ تمام مشکلاتی که مکلفان و شهروندان با آنها مواجه می‌شوند، و به اصطلاح جواب «مسائل مستحدثه» و یا معضلاتی را که جامعه با آن دست به گریبان می‌شود، را بدهد و یا با اصول کلی، رخدادها را پاسخ گوید. بر این پایه لازم است در موارد عدم‌الحکم، یا در مواردی که به اصطلاح «مالانصّ فیه» است، و نبود حکم، موجب ضرر یا حرج اشخاص و مکلفان می گردد، این سیستم حقوقی باید به هر تقدیر «ضرر و حرج» را رفع و طرد نماید.

هـ ـ رُخصت و عزیمت

در بحث و بررسی قاعدهٔ «نفی عسر و حرج»، این سؤال نیز مطرح است که: مفاد قاعده، «رخصت» است یا «عزیمت»؟ قبل از پاسخ به این سؤال ابتدا دو واژه رخصت و عزیمت را بررسی می کنیم:

رخصت

رخصت در لغت به معنی توسع و گشایش و سهولت است و در اصطلاح فقها عبارت از احکامی است که عمل به آنها در حوزهٔ اختیار مکلفان است و شخص مکلف مخیّر است که به آن احکام عمل کند یا از عمل به آن قوانین و الزامات صرف نظر نماید. این گونه احکام را «احکام ترخیصی» یا رخصت می گویند.[1]

عزیمت

عبارت از احکامی است که رعایت آنها و انجام دادن آنها الزامی است و مکلف در هر شرایط باید این قوانین و الزامات را بجای آورد و در هیچ حالی نمی‌تواند برخلاف این قبیل احکام توافق نماید. به اصطلاح این قوانین امری هستند و نه تکمیلی. البته قبلاً نیز در این خصوص توضیحاتی دادیم و این موضوع بیان گردید که «عسر و حرج» در احکام امری و الزامی مطرح می‌شود و نه در قوانین تکمیلی و «رخصت»ها، لیکن احکام خود دو گونه هستند: احکام و قوانین الزامی که در هیچ حالتی نمی‌توان خلاف آن عمل کرد و احکام و دستوراتی که در صورت وجود «حرج» و مشقت، به استناد قاعدهٔ «نفی حرج» می‌توان از عمل به آن حکم

---

۱. قبلاً در این زمینه توضیحاتی دادیم لطفاً به صفحات قبل مراجعه شود.

صرف نظر کرد و یا به مقتضای حکم ثانوی، یعنی حکم حاصل از وضعیت «عسر و حرج» اقدام نمود. اکنون این سؤال مطرح است که خود قاعدهٔ «نفی عسر و حرج» از گروه احکام «عزیمت» است یا «رخصت»؟ به عبارت دیگر، آیا مفاد قاعده، رخصت است یا عزیمت.

در پاسخ به سؤال بالا، عقاید صاحب‌نظران مختلف است. در خصوص عبادات و امور غیرعبادی هم نظرات گوناگونی در پاسخ به پرسش فوق ارائه شده است که ذیلاً به اختصار بیان می‌شود:

الف ـ در «عبادات»: بعضی از فقها قاعدهٔ نفی عسر و حرج را از مصادیق احکام ترخیصی دانسته و قائل به صحت عبادات حرجی هستند، ولی بعضی دیگر معتقدند که این قاعده از عزائم است و در نتیجه می‌گویند عبادات حرجی باطل می‌باشد.

معتقدان به ترخیصی بودن «قاعده» می‌گویند: ملاک قواعدی چون لاضرر و لاحرج، امتنان است و عدم صحت عبادات حرجی، خود موجب عسرت و مشقت می‌گردد، و این بطلان در حقیقت با فلسفه وضع قاعده عسر و حرج و ضرر منافات دارد.

دانشمندانی که معتقدند قاعدهٔ عسر و حرج از جمله «عزائم» است، می‌گویند: «تخصیص به لسان حکومت کاشف از این است که حکم حرجی (عبادت حرجی) فاقد ملاک و امر و اقتضاء است و در نتیجه، انجام دادن عبادت، بدون وجود ملاک و با قصد عبادت، نوعی تشریع محسوب می‌شود، که در حرمت آن تردید نیست. به علاوه چنانچه عبادت حرجی صحیح باشد، اجتماع نقیضین حاصل می‌شود و ...»[1]

ب ـ در امور غیرعبادی: در امور غیرعبادی، ظاهراً، مفاد قاعده نوعی «ترخیص» برای مکلفی است که در عسر و حرج قرار گرفته است. این رخصت و اختیار در حقیقت به مکلف مُعسِر امکان می‌دهد که از امتیازی که قانونگذار به او داده استفاده کند و یا با تحمل مشقت از این امتیاز و استفاده از حق صرف‌نظر نماید. در واقع قاعدهٔ عسر و حرج لزوم تحمل حرج را از سوی شخص مرتفع می‌کند، لیکن به این معنی نیست، که او با قصد تحمل حرج نتواند از اِعمال آن خودداری کند. فی‌المثل شخصی که به علت تصرفات مالکانه همسایه، در مشقت است و در عسرت قرار می‌گیرد، تا زمانی که به دادگاه مراجعه نکرده، نمی‌توان تنها به استناد حرجی بودن تصرف، به الغای آثار تصرف او حکم کرد.

ج ـ به نظر می‌رسد، در عرصهٔ عرفها و ضرورتهای اجتماعی و عمومی و مصالح عامّه،

---

۱. علّامه نائینی، ابوالقاسم، **مُنیة‌الطالب**، (تقریرات)، ج ۲، ص ۲۱۶.

قاعده «عسر و حرج» نمی‌تواند از «رخصت»ها به حساب آید. «مصالح عامّه» و «ضرورت»ها، به هر تقدیر خود را بر حکومت و جامعه تحمیل می‌کند. در حقیقت «احکام حکومتی»، پاسخ به نیازهای شدید اجتماعی یا همان ضرورتهاست.

فصل سوّم

تعارض قاعده لاحرج با قواعد دیگر

باید دید در صورت تعارض این قاعده با قواعد دیگر مثل قاعده «تسلیط» و «لاضرر» و همچنین تعارض دو حرج باهم، چه صورتهایی قابل پیش‌بینی است و در صورت بروز تعارض یا تزاحم بین این قواعد، چگونه باید اقدام کرد؟

بعضی از اندیشمندان، بدون تفکیک صورتهای تعارض یا تزاحم، موضوع را در چهارچوب یک قاعده کلی نگریسته و گفته‌اند:

«چون در صورت تزاحم، ملاک و علت برای هر دو حکم موجود است، لذا ترجیح یکی بر دیگری احتیاج به اثبات اهمیت دارد. مثلاً اگر فرض کنیم، حرجی که در صورت عدم تصرف در مال به صاحب مال وارد خواهد گشت، غیرقابل تحمل است، بدون شک در این صورت می‌توان گفت، برای جلوگیری از حرج مفروض، شخص دیگری حق ندارد او را از تصرف در مال خود مانع شود و به‌طورکلی نظر به اینکه هر دو قاعده برای آسایش زندگی انسانی و عدم مزاحمت در حقوق انسانها با همدیگر وضع شده است، و دو قاعده تعبدی خالص نیستند، تا علل و نتایج آنها فقط در این جمله منحصر باشد که خداوند این حرکت را از شما می‌خواهد، بنابراین فقیه و یک رهبر اسلامی می‌تواند با تشخیص اهم و مهم شئون انسانی و تشخیص موضوع، حکم به ترجیح نموده و دو قاعدهٔ مزبور را بر طبق منطق اجتماعی مورد بهره‌برداری قرار بدهد.»[1]

---

۱. **رسائل فقهی**، ج ۱، استاد محمدتقی جعفری، ص ۹۱ و ... شاید بتوان گفت همین نظر در فقه جمهور و همچنین درنظرگاه بعضی از فقهاء امامیه هم طرفدارانی داشته و دارد. مادّه ۲۹ «المجله» با شرح «سلیم رستم بازلبنانی» می‌گوید:

←

هر چند نظر بالا، به لحاظ رعایت قاعدهٔ اهم و مهم و منطق اجتماعی، قابل تأمل است، و چه بسا در کثیری از موارد، قابل اجرا و عمل است، لیکن به نظر می‌رسد رها گذاشتن موضوع به مفهوم کلی «منطق اجتماعی»، یا دستور و قاعدهٔ غیرمنضبط «اهم و مهم»، تا حدودی مجری

→

«یختار اهون الشرّین»، آنچه زیان کمتری دارد برگزیده می‌شود. بر این قاعده قواعد دیگری بار شده و قواعد فرعی دیگری از قاعدهٔ فوق استخراج کرده‌اند که مهم‌ترین آنها عبارتند از:

۱- دفع ضرر عمومی: گفته‌اند: «یتحمل الضرر الخاص، لِدَفع ضرر عام» ضرر اندک و ضرر مربوط به مورد خاص را دربرابر ضرر عمومی باید تحمل کرد (ماده ۲۶ المجله)، و همین ماده اضافه می‌کند: «یَتَفرعُ عَلی هذا منع الطبیب الجاهل.»

مطابق این قاعده دولت در زندگی افراد دخالت می‌کند و از این طریق مصالح عمومی را حفظ می‌کند. مثلاً جلوگیری از طبابت پزشک ناوارد، یا تخریب خانه کسی به منظور پیشگیری از سرایت آتش به خانه‌های دیگر و یا منع «احتکار» و اجبار محتکر به فروش و امثال اینها.

۲- دفع مفاسد: می‌گویند: در صورت تعارض بین جلب منفعت و دفع مفسده، دفع مفسده مقدم است: «درء المفاسد، اولی من جلب المنافع» ماده ۳۰ المجله.

۳- تعارض دومفسده: المجله، در این زمینه طی مواد ۲۷ و ۲۸ مقرر می‌دارد:

«ماده ۲۷: الضررُ الاَشَدّ، یزال بالضّرر الا خَفّ»، با تحمّل ضرر کم، ضرر و زیان زیادتر را باید برطرف کرد.

رستم باز در شرح ماده بالا می‌نویسد: «از فروع ماده بالا (مصادیق آن)، اجبار به پرداخت دین و نفقات واجب، و زندان پدر زمانی که بر فرزند صغیر خود نفقه ندهد، برخلاف مورد دین، (غیر واجب). و از این قبیل است زمانی که مرغ کسی شیء قیمتی (لؤلؤ) دیگری را ببلعد که در این صورت به قیمت‌ها باید نگریست که کدام بیشتر و کدام کمتر است، که صاحب مالی که قیمت بیشتر دارد، شیء دوم را تملک کرده و بهاء آن را به صاحبش می‌پردازد.

«ماده ۲۸: اذا تعارض مفسدتان روعی اعظمهما ضرراً بارتکاب اخفهما.» شارح می‌گوید؛ متفرع بر ماده ۲۸ موردی است که به امید زنده بودن فرزند (جنین)، شکم مادر شکافته می‌شود. یا فی‌المثل سکه‌ای در ظرفی (محبره) مانند دوات و امثال آن افتد که جز به شکستن ظرف بیرون نیاید (ماده ۹۰۲ المجله). در تمامی این قبیل موارد، باید با انتخاب ضرر اندک، از ضرر افزون‌تر جلوگیری کرد. از همین قبیل است، هرگاه شخصی در مقام دفاع از نفس، مرتکب قتل گردد که معذور شناخته می‌شود، یا اینکه گفته‌اند: اگر جمعی در کشتی باشند، و بیم غرق آن رود، برای نجات سرنشینان باید اموال و یا حیوانات را به دریا ریخت. لیکن در چنین وضعی نمی‌توان سرنشینی را به خاطر نجات دیگران به آب افکند. چرا که همگی آنان در انسان بودن برابرند. نوشته‌اند در سال ۸۸۴ میلادی، یک کشتی با جمعی سرنشین دستخوش طوفان گردید و دیری در دریا سرگردان بود و گرسنگی و مرگ گریبان مسافران را گرفت. آنها برای سدجوع، جوان‌ترین سرنشینان را که جوان ۱۸ ساله‌ای بود کشتند و رمقی گرفتند و پس از مدتی نجات یافتند. کار به دادگستری انگلستان کشید و پس از تحقیقات، همه مجرم شناخته شدند. استدلال این بود که ترس از مرگ و گرسنگی، نمی‌تواند مجوز قتل دیگری شود. در همین زمینه است که فقهاء امامیه می‌گویند: «هر عملی جز قتل دیگری، بر مضطر حلال (جایز) است.»

را با مشکل و دشواری مواجه می‌کند. از سوی دیگر، «مجری»، همواره فقیه عادل یا رهبری مجتمع اسلامی نیست. بر این پایه ذیلاً موارد تعارض قاعدهٔ «نفی حرج» با قواعد دیگر را بررسی می‌نماییم.

الف ـ تعارض با قاعدهٔ تسلیط

می‌دانیم که مفاد قاعدهٔ تسلیط: «**الناس مسلطون علی اموالهم**»، سلطه مالک بر مال و آزادی هرگونه تصرف در آن است. در قبال این قاعده که از جمله آراء محموده و به اصطلاح «تأدیبات صلاحیه»، و از قسم قضایای مشهوره است، قاعدهٔ «لاحرج» را داریم که گستره قاعده «تسلیط» را محدود و مقید می‌کند و سلطه آن را تخصیص می‌زند. در حقیقت، در موارد حرج و مشقت دیگران، شارع مقدس یا قانونگذار، سلطنت مالک را اعتبار نمی‌بخشد. لذا گفته‌اند: عموم «**الناس مسلطون علی اموالهم**، مخصص است به ماعدای احکامی که به عنوان حَرَج مَعنونَ هستند.»

با توجه به توضیح فوق، در تعارض قاعده «نفی حرج» با قاعدهٔ «تسلیط»، قاعدهٔ نفی حرج مقدم است، و همین حقیقت درخشان نشان می‌دهد که حقوق سرشار اسلام، سلطه و اختیار مالکان را محدود دانسته و بخصوص در تعارض حقوق فرد با جامعه، حقوق اجتماع را اعتبار بیشتری بخشیده است.

ب ـ تعارض با قاعدهٔ لاضرر

ممکن است تصرف مالکی در ملک خود موجب ضرر و زیان همسایه شود و منع از تصرف او در ملک خود (براساس قاعده لاضرر) موجب شود که مالک ملک در عسر و حرج قرار گیرد، در این صورت دو قاعدهٔ «لاضرر» و «لاحرج» تعارض خواهند داشت و چه باید کرد؟

فرض کنیم، عدم حفر چاه از سوی مالک ملک، موجب حرج و مشقت او گردد، و حفر چاه نیز، موجبات ضرر و زیان همسایگان مالک را فراهم آورد، یعنی حفر چاه، باعث کاهش آب‌دهی چاههای مجاور شود و زراعت همسایه‌ها خشک گردد.

حضرت شیخ انصاری معتقد است که در تعارض این دو قاعده، نفی حرج، بر قاعده لاضرر مقدم است و قاعده «لاحرج»، بر «لاضرر» حکومت خواهد داشت.[1]

---

۱. محقق انصاری، **فوائدالاصول** (رسائل)، ص ۳۱۲، سال ۱۳۱۵، بی‌تا.

در برابر شیخ بزرگوار محقق انصاری، برخی دیگر از فقهای نامدار معتقدند که این هردو قاعده «امتنانی» بوده و هیچ یک بر دیگری رجحان و برتری ندارد و هرگاه از اجرای این قواعد، نتیجهٔ خلاف لطف و امتنان حاصل شود، دیگر جاری نخواهند شد. از سوی دیگر، دلیل بر رجحان و مزیّت یکی از این دو قاعده بر دیگری وجود ندارد و نمی‌توانیم یکی را بر دیگری مقدّم بداریم و در صورت تعارض، مثلاً قاعدهٔ «نفی حرج» را بر «لاضرر» حاکم بدانیم. در نتیجه در مقام تعارض هر دو ساقط می‌شوند[1] **(اذا تعارضا تساقطا)** و در این صورت باید به احکام اوّلیه مراجعه کرد. در حقیقت معتقدان به امتنانی بودن هر دو قاعده می‌گویند؛ در این موارد (یعنی در موارد تعارض)، ادلّه در عرض هم هستند و دلیلی نداریم که لاحرج را ناظر به‌قاعده لاضرر بدانیم و خلاصه در این قبیل موارد حکومت معنی ندارد.

ج- تعارض دو حرج

این بخش از تعارض را بعضی از صاحب‌نظران در دو صورت مختلف بررسی کرده‌اند. به توضیح زیر:

۱ـ زمانی که هر دو حکم حرجی متوجّه شخص واحد است: در این صورت گفته‌اند؛ شخص واحد می‌تواند در مواجهه با دو ضرر و یا دو مشقّت، طرفی را انتخاب کند که دارای ضرر کمتر است. فرض کنیم سکّه قیمتی شخصی در ظرفی مثل یک بطری افتاده، هر کدام که دارای قیمت بیشتر است، آن را محفوظ نگه می‌دارد. یا فرض کنیم حیات مادر، در حال وضع حمل، به نحوی در خطر قرار گرفته است و زنده ماندن او در گرو به خطر افتادن حیات جنین است، که شخص باید آنچه را که دارای ضرر و مشقت کمتر است، انتخاب نماید. به‌گفته نویسندگان «مجله احکام دادگستری ـ المجله»، «یختار اهون الشرین.» آنچه دارای ضرر کمتر است، انتخاب می‌شود.

۲ـ زمانی که دو حکم حرجی متوجه دو نفر است: در این صورت هم، برخی معتقد به همان نظر بالا (بند ۱) هستند. یعنی می‌گویند؛ در موارد تعارض دو ضرر و دو حرج باید طرف زیان کمتر را گرفت. برخی دیگر می‌گویند نظر به اینکه اجرای قاعدهٔ نفی حرج نسبت به هر کدام از دو ضرر یا مشقت، با امتنان که پایه و فلسفه حکم نفی حرج است، مغایرت دارد،

---

۱. نائینی، **رسالهٔ لاضرر**، و بجنوردی، **القواعد الفقهیّه**، ج ۱، ص ۲۰۵ و مکارم، **القواعد الفقهیّه**، ج ۱، ص ۱۹۰ و ۱۹۱.

علی‌هذا قاعده نسبت به هیچ یک از دو طرف اجرا نمی‌شود و به مصداق: «**الدلیلان اذا تعارضا تساقط**، هر دو تساقُط می‌کنند و پس از تساقط باید هر یک از اشخاص بر سلطنت خود نسبت به مال باقی باشد.»[۱]

استاد بجنوردی، پس از ذکر مقدماتی در مسئله تعارض ضرر و حرج، یا حرج با حرج شخص دیگر، اساساً موضوع را به گونه دیگری بررسی می‌نمایند. ایشان چنین نوشته‌اند:

«باید دید آیا جریان قاعده لاحرج در دو طرف از قبیل متعارضین است یا متزاحمین.» چون همان‌طور که می‌دانیم، اگر مسئله از باب تعارض باشد، دو دلیل متعارض تساقط می‌کنند، ولی اگر از قبیل متزاحمین باشند، مطابق مرجّحات باب تزاحم، قاعدهٔ لاحرج در یک طرف جاری خواهد شد. ایشان در ادامه می‌گویند:

«شک نیست، در صورت جریان قاعدهٔ لاحرج نسبت به اجنبی، قاعده سلطنت نسبت به مالک مقید می‌شود، و اگر حکم به عدم سلطنت مالک، برای خود وی حرجی باشد، قهراً حرج مالک معلول قاعده لاحرج است در طرف اجنبی، و لازمه جریان قاعدهٔ لاحرج در طرف مالک، عدم تقیید قاعدهٔ سلطنت است نسبت به وی، و این معنی بی‌اثرکردن قاعده لاحرج نسبت به اجنبی است که لازمهٔ آن لغویت است و نیز از جریان قاعدهٔ لاحرج نسبت به اجنبی، عدم جریان لازم می‌آید (یلزم من وجوده عدمه) که خلف است.

بنابراین، هرجا که جریان قاعدهٔ لاحرج نسبت به اجنبی مستلزم حرج مالک شود، قاعدهٔ لاحرج نسبت به اجنبی مَجری ندارد، و نتیجتاً قاعدهٔ سلطنت نسبت به مالک جاری و غیرمقیّد است.»[۲]

با بیان مذکور، روشن می‌شود که اساساً مورد از موارد تعارض و در نتیجه «تساقط» دودلیل نیست، یعنی اصولاً تعارضی بین دو دلیل وجود پیدا نمی‌کند، زیرا که قاعده «لاحرج» درطرف اجنبی مجری و محملی پیدا نمی‌کند، چون همان‌طور که استاد بجنوردی مطرح کرده‌اند، از وجود قاعده، عدم آن لازم می‌آید (**یلزم من وجوده عدمه**). علاوه بر این موضوع از باب «تزاحم» هم نیست، چرا که: «... در باب متزاحمین شرط است که هر دو مجعول و دارای ملاک باشند، و در مقام امتثال، قدرت بر جمع آنها نباشد، و قدرت موجود باید صرف یک فرد

---

۱. برخی از بزرگان همچنین گفته‌اند: عدالت اقتضا می‌کند که هر دو شخص که گرفتار عسر و حرج شده‌اند، در پرداخت و تقبل ضرر کمتر شریک باشند و تمام ضرر و زیان را یک نفر تحمل ننماید (در این زمینه به منبع سابق‌الذکر مراجعه شود.)

۲. آیت‌الله موسوی بجنوردی، سیدمحمد، **قواعد فقهیه**، ص ۱۴۴.

شود. معلوم است که قاعدهٔ لاحرج در طرف اجنبی نه مجعول است و نه دارای ملاک.»[1]

همین حکم در خصوص قاعده «لاضرر» نیز جریان می‌یابد. یعنی بر مبنای نظر بالا، درصورتی که سلطنت مالک بر مال خود مستلزم ضرر دیگری باشد، قاعده لاضرر ایجاب می‌کند که مالک از تصرف در مال منع شود. ولی در صورتی که، عدم تصرف و اعمال سلطه مالک موجب حرج و مشقت او (مالک) گردد، آیا قاعده لاضرر و لاحرج تعارض و در نهایت هر دو تساقط می‌کنند؟ و قاعدهٔ «تسلیط» حکومت و مرجعیت می‌یابد؟ پاسخ این است که درست مثل مورد تعارض دو حرج، در این خصوص هم، قاعدهٔ «لاضرر» اساساً در طرف اجنبی جریان پیدا نمی‌کند. استاد بجنوردی به طورکلی در این موارد می‌گویند:

«... همان طور که پیشتر گذشت، در هر مورد اگر جریان قاعدهٔ لاضرر و لاحرج نسبت به اجنبی، مستلزم ضرر و یا حرج بر مالک باشد، قاعده لاضرر و لاحرج، در طرف اجنبی جاری نمی‌شود، و عمومات و اطلاقات اولیه نسبت به مالک پابرجاست. بنابراین کسانی که قائل به‌تعارض این دو قاعده هستند، دلیل متقن اقامه نمی‌کنند، بلکه برهان برخلاف آن است.»[2]

آن گونه که ملاحظه می‌شود، چه معتقد به تساقط در صورت تعارض دو ضرر یا دوحرج و یا حرج و ضرر، باشیم و چه معتقد به این باشیم که در تعارض ضرر مثلاً مالک با اجنبی، اساساً تعارضی مطرح نیست (با توجه به استدلال استاد بجنوردی)، در هر دو صورت نتیجه یکی است. یعنی نتیجه این است که نهایتاً قاعدهٔ تسلیط حاکم می‌شود، و یا به عبارت بهتر، قاعده «تسلیط» جریان پیدا می‌کند. بر این مبنا سؤالی مطرح می‌شود که در صورت تصرف مالک (براساس قاعده تسلیط) و توجه خسارت به دیگری (مثلاً همسایه) چه باید کرد؟ آیا تنها همسایه است که باید ضرر را تحمل کند و چرا؟

برخی از اساتید گفته‌اند که:

«... در صورت تصرف مالک و تضرر همسایه، حکم وضعی ضمان، به استناد قواعد دیگر مانند قاعدهٔ تسبیب قابل اعمال خواهد بود.»[3]

برخی از فقها، تصرّف مالک در ملک خود و تضرر همسایه را به اقسامی تقسیم کرده‌اند

---

۱. همان.

۲. همان، ص ۱۴۴.

۳. دکتر محمدی، ابوالحسن، **قواعد فقه**، ص ۱۹۱، به نقل از آیت‌الله میرزامحمدحسن بجنوردی، **قواعد فقه**، ج ۱، ص ۲۰۸.

و در بعضی از اقسام، در صدق عنوان «اضرار به غیر» تردید نموده و آن را نپذیرفته‌اند. آیت‌الله مکارم نوشته‌اند: «**تارة یکون صدق عنوان الاضرار بالغیر، ملازماً لصدق عنوان التصرف فی ماله ایضاً، بان یکون تصرف المالک فی ماله مستلزماً لتصرف ضرری فی مال غیره، و لو بعنوان التسبیب، کما اذا حفر بئراً فی داره، خرج منه نفیض، کثیر، اسقط جدار الجار، او اسقط بعض بیوته عن حیز الانتفاع، فانه لااشکال فی صدق التصرف فی ملک الغیر. بحفر البئر و لو بعنوان التسبیب و** ...»[۱]

در حقیقت مورد فوق، تصرف بالتسبیب در ملک همسایه است و همین تصرف موجب اضرار به همسایه شده است. تصرف مالک در ملک خود موجب و مستلزم تصرف و ضرر در مال غیر گردیده و مالک سبب ضرر شده است، مثل اینکه چاهی در منزل خود کنده و لرزه‌های زیاد موجب سقوط دیوار همسایه شده است، که در این صورت قاعدهٔ تسبیب جاری خواهد شد.

«**و اخری لا یصدق علیه هذا العنوان، و ان لزم منه تضرره، کما اذا رفع جداره علی جانب جدار جاره، بما یتضرر به و یتنزل قیمة داره و** ...»[۲]

مورد دیگر، موردی است که عنوان اضرار به غیر صدق نمی‌کند، هرچند ملازمه با ضرر و زیان همسایه داشته باشد، مانند اینکه مالک دیوار خانه‌اش را بالا ببرد و موجب تضرر همسایه و کاهش قیمت خانه او شود. آقای مکارم در ادامه می‌گویند:

«در مورد اول، اضرار به غیر صدق می‌کند و آن مورد از باب تعارض دو ضرر و دوسلطنت است و بین دو حق (دو سلطنت) باید حتی‌المقدور جمع نمود.

لیکن در مورد دوم که عنوان اضرار به غیر صدق نمی‌کند، با وجود تعارض دو ضرر (در جانب مالک و همسایه) به قاعدهٔ سلطنت رجوع می‌شود. یعنی بعد از تساقط «لاضرر» از دو طرف مورد مشمول قاعده تسلیط می‌شود. حتی در این مورد احتمال اینکه قاعدهٔ لاضرر جاری نمی‌شود نیز داده شده است.»

البته، آنچه در خصوص مورد دوم می‌توان گفت این است که چگونه کاهش قیمت، یا فی‌المثل ممانعت از تابش نور، و یا تخریب چشم‌انداز منزل و امثال اینها ضرر تلقی نمی‌شود، به نظر می‌رسد در این مورد باید به عرف یا فی‌المثل به «عرف بلد» رجوع شود تا معلوم گردد که این قبیل موارد مشمول عنوان «ضرر» هست یا نه؟[۳]

---

۱. آیت‌الله مکارم شیرازی، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، ص ۱۰۲ و ۱۰۳.

۲. همان، ص ۱۰۳ و بعد.

۳. در این خصوص، موضوع در «قاعده لاضرر» مورد بررسی قرار گرفت. به صفحات ۲۲۴ و بعد همین کتاب مراجعه فرمائید.

فصل چهارم

مصادیق یا موارد تطبیق قاعده

همان‌طور که در صفحات قبل و همچنین در مقدمه این بحث مذکور افتاد، قاعدهٔ «**نفی عُسر و حَرَج**» و قواعدی چون «**لاضَرَر و لاضِرارَ فی الاسلام**»، احکام و مقرراتی هستند که به‌گفته مرحوم اقبال لاهوری، کلید حلّ بسیاری از مشکلات حقوقی و جزایی بوده و جنبه‌های اجتماعی مکتب اسلام و نظام غنی حقوقی آن را نشان می‌دهد. بررسی برخی از مصادیق قاعده، این ظرفیت و صلاحیّت را نشان می‌دهد و سعهٔ حقوقی و گستره آن را بازگو می‌کند. بررسی مصادیقی از قاعده را در دو قسمت ـ هرچند به صورت گذرا و مختصر ـ ملاحظه می‌کنیم. در قسمت نخست، مصادیقی از قاعدهٔ «نفی عُسر و حَرَج» در فقه و حقوقِ اسلام مورد بحث قرار می‌گیرد و در قسمت دوم، مصادیق این قاعده در قوانین بررسی می‌شود به شرح زیر:

اوّل ـ مصادیق قاعده در فقه

همان‌گونه که قبلاً اشاره رفت، «اضطرار» از مصادیق قاعدهٔ «نفی عُسر و حَرَج» است. به گفته یکی از دانشمندان: حقوق اسلام، قاعده اضطرار را با وسعت بی‌پایان آن پذیرفته است و قاعدهٔ «**الضرورات تبیح المحظورات**» از قواعد مسلّم فقه اسلام است. یکی از فقهای نامدار امامیه می‌نویسد: «هر حرامی جز قتل مسلمان بر مضطر حلال است» و دیگری می‌نویسد: «اگر مجتهد نباشد، اضطراراً مُقلّد می‌تواند متصدی امور دادرسی گردد.»[1]

---

۱. دکتر لنگرودی، **مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام**، ص ۱۲۵، به نقل از کتاب **غصب**، آیت‌الله اصفهانی و کتاب **القضاء**، آیت‌الله آشتیانی.

به‌نظر می‌رسد، موارد عُسر و حَرَج با موارد اضطرار و نیز با موارد و مصادیق ضرورت، تفاوت چندانی نداشته باشد. موارد و اصطلاحات یاد شده همه در فقه و حقوق اسلامی با گسترهٔ وسیعی مطرح شده و در عرصه‌های مختلف «فقه» مورد استناد قرار گرفته است.

با این همه، به نظر می‌رسد، واژه‌ها و اصطلاحات یاد شده مثل: احتیاج، عُسر و حَرَج، اضطرار ضرورت، حاجت و ... تفاوتهایی با یکدیگر داشته باشند. به توضیحات زیر توجه کنیم:

گفته‌اند: حاجت یا احتیاج معمولاً در مواردی است که برای روبراه شدن زندگی لازم باشد. فی‌المثل، در پذیرایی از مهمان، احتیاجات و نیازهایی هست که بیشتر برای آسایش و روبراه شدن زندگی لازم است. این احتیاج به حدّی نیست که موجب مشقّت و دشواری گردد.

الف ـ عُسر و حرج و اضطرار

«عسر و حرج»، دشواری، مشقّت و مضیقه‌ای است که برای عموم یا فی‌المثل انسان **«متعارف»** عادتاً قابل تحمّل نیست، برای مثال از پیامبر(ص) نقل شده است که بریدن دست دزدها را در جنگها نهی می‌فرمود: **«لا تقطع الا یدی فی السَفَر.»** این در واقع همان مصداق عُسر و حَرَج و دشواری است. حد خوردن در حَضَر هرچند دردآور و دشوار است، لیکن، همین مجازات در سَفَر دشواری غیرقابل تحمّل برای عموم است. روایات و احکام، مصادیق عُسرت و حَرَج را نشان می‌دهد. وضو در بیابان سرد در زمستان، احرام (مُحرم شدن) از فاصله‌ها و کرانهای دور، عدم استفاده از برکه‌ها و آبهای آلوده در بیابانهای خشک و سوزان عربستان، روزه گرفتن با ضعف و بیماری و امثال اینها، غالباً مصادیق «عُسر و حَرَج»[1] اند، و شاید از تبادر عرفی بتوان فهمید که گاهی واژه «اضطرار» در مشقّت و دشواری، اندکی شدیدتر از عُسر و حَرَج هم باشد.

ب ـ ضرورت

امّا، به نظر می‌رسد که مرحله‌ای شدیدتر و حادتر از عُسر و حَرَج و اضطرار باشد. واژه ضرورت «مُضطر»، گاهی در استعمالات عرفی، در جایگاه «ضرورت» می‌نشیند، و

---

۱. گاهی احتیاج شدید هم مصداق اضطرار و عُسر و حَرَج می‌شود. نوشته‌اند تجویز «بیع وفا» یعنی همان بیع شرط معروف! به علت نیاز شدید مردم بخارا بوده است، و هنگامی که بدهکاری مردم فزونی یافت، حاجت و نیاز موجب مشقّت و دشواری کارهای مردم و تجارت گردید و بیع وفاء شکل حقوقی گرفت. یعنی برای دشواری، و فرار از ربا، این تأسیس بنیان گرفت.

جمله‌ای که می‌گوید: «هر حرامی جز قتل مسلمان بر مضطر حلال است»، ظاهراً، ناظر به موارد ضرورت است، نه مصادیق عُسر و حَرَج. شاید، حالت ضرورت را وضع و حالتی بتوان معرفی و توصیف کرد که شخص برای حفظ و صیانت از: دین، جان، مال، عقل و یا اولاد خود بدان تمسّک جوید.[1]

اصطلاح معروف: «**الضّرورات تُبیح المحظورات**» یعنی که: ضرورتها موانع قانونی را از میان می‌برد، جمله یا قاعده‌ای بسیار عمیق است، و همین تأکید و توجه نشان می‌دهد که دشواری و مشقّت باید در مرحله‌ای بسیار شدید باشد، و گرنه «**اباحه کلّیه محظورات**» و محرمات کار خُردی نیست! همین قاعده در سیستم‌های دیگر حقوقی نیز، نظر به اهمیّت در شکل و شمایل یک ضرب‌المثل، عرض‌اندام کرده است.در حقوق لاتین می‌گویند: «ضرورت را قانونی نیست»! شاید آیه مبارکه‌ای که به صورت دعا در قرآن کریم آمده، نشان‌دهندهٔ همین عظمت و اهمیت باشد. می‌فرماید: «**ربّنا لاتُحمّل علینا مالا طاقةً لنا.**» تکلیف مالایطاق در واقع تکلیفی است که شخص را در مخمصه و در حالتی چون «ضرورت» گرفتار می‌کند.

خوردن گوشت «میته»، اقدام به اعمال حرام، مثلاً شرب خمر برای نجات از بیماری، سرقت در قحطی، کشتن دیگری در دفاع از خود، (دفاع مشروع)، مصادیقی از ضرورت است که بیشتر این مصادیق برای صیانت از دین، عقیده، جان، مال،ناموس و اولاد و در حوزهٔ این قبیل امور است.

گفته‌اند: قاعدهٔ «ضرورت» را، تنها در دو مورد می‌توان محدود کرد و حدّ و مرزی برای آن در نظر گرفت:

۱ـ توجه به مقدار و اندازه: توضیح اینکه می‌گویند: آنچه به واسطه «ضرورت» مباح می‌شود، اندازه و مقدار معیّنی دارد.

علمای اصول گفته‌اند: «**الضرورات تتقدّرُ بقدرها**» یعنی، اباحه‌ای که به سبب ضرورت ایجاد می‌گردد، مطلق و نامحدود نیست، بلکه به اندازه لزوم و برای رفع ضرورت است. اگر در جایی خوردن «میته» یا انتفاع از اموال دیگران مجاز است، برای سدّ جوع و یافتن «رمق» و حفظ حیات است.

۲ـ محدودیت زمان: رخصت و اباحهٔ ناشی از «ضرورت»، تنها تا زمانی باقی خواهد بود که ضرورت و اضطرار باقی باشد و به محض ارتفاع و محو شدن آن حالت استثنایی، اباحه

---

۱. دکتر صبحی محمصانی، **فلسفه قانونگذاری در اسلام**، ص ۲۶۳.

نیز رفع می‌شود و کار به سامان و قاعدهٔ اولیه و اصلی خود برمی‌گردد. در واقع، آنچه با عذر جایز می‌شود، با زوال عذر، جواز آن منتفی می گردد.

۳ـ مصادیق: با توجّه به توضیحات بالا، و شدّت و ضعفی که «عُسر و حَرَج» می تواند داشته باشد، ذیلاً مصادیقی از «قاعده» را ملاحظه می کنیم:

۱ـ ضمان عهده از درک مبیع یا ثمن که مدلول مادّه ۶۹۷ قانون مدنی است،[۱] نص خاصّی ندارد. حتّی در مبحث ضمان و احکام مربوط به آن می گویند که: مضمونٌ بِه باید «دین» باشد و نه «عین»، با این همه، چون در داد و ستدهای مردم با یکدیگر، طرفین معامله همواره همدیگر را نمی‌شناسند یا نمی‌شناختند، نیاز به «وثیقه» و ضامن داشتند، لاجرم از ضمان «عُهده» استفاده می کردند. این دشواری و حَرَج، و اضطرار، موجب پیدایی، «ضمان عُهده» در حقوق اسلام می‌شود.[۲]

در مورد ضمان **«مالم یجب»** هم، که هنوز «مضمون به» وجود پیدا نکرده است تا ضامن متعهد آن شود، اشکال و ایراد کرده‌اند، اما پاسخ با تمسک به اضطرار و اینکه عدم پذیرش ضمان مالم یجب موجبات عُسر و حَرَج مردم را فراهم می‌آورد، این نوع از ضمان را پذیرفته‌اند.

۲ـ ممکن است، موکّل وکیل خود را عزل کند، لیکن خبر عزل به وکیل نرسد و او (وکیل) در زمان عزل دست به اقداماتی بزند. آیا قبل از رسیدن خبر عزل، اقدامات وکیل صحیح و نافذ است یا نه؟ صاحب‌نظران گفته‌اند، اگر اقدامات وکیل در این مدّت صحیح تلقی نشود، مشکلات و مفاسد بیشماری چهره خواهد نمود و بر این اساس و برای دفع عُسر و حَرَج و اضطرار، ناچار باید اقدامات وکیل را صحیح و نافذ شمرد.

۳ـ در مسئله وصیّت، دستور این است که مسلمان در جریان وصیّت خود دو شاهد عادل و مسلمان را بر وصیّت شاهد بگیرد. در این مورد پرسش گر و راوی می گوید:

«سَألتُه عن قول‌الله: ذوا عدل منکم اَو آخَران مِن غیرکم. فقال اذا ماتَ‌الرَجُل المسلم، بارض غُربة و طَلَبَ رَجلین مسلمین، یُشهدهُما عَلی وصَیّتة، فلم یجد مُسلِمینَ، فلیشهد عَلی وصیّتِهِ رَجُلین ذمیّین مِن اهل الکتاب، مَرضیّین عِندَ اصحابِهِم.»[۳]

---

۱. مادّهٔ ۶۹۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن، درصورت مستحق للغیر در آمدن آن جایز است.»

۲. همان منبع.

۳. همان منبع به نقل از **تذکره** علّامه.

امام در پاسخ می‌فرماید: در صورتی که فوت مسلمان در سرزمین بیگانه و در غربت باشد و شاهدان عادل و مسلمان نیابد، آنگاه در دشواری و اضطرار قرار گیرد، می‌تواند دو شاهد از افراد امین اهل کتاب را بگیرد و آنها را بر وصیّت گواه قرار دهد. روشن است که در غیر این صورت شخص دچار عُسر و حَرَج خواهد شد.

۴ـ نوشته‌اند:

«اگر صغیر بعد از کِبَر طرح دعوا کرده و مدّعی شود که به من نفقهٔ مناسب شئون من نداده‌ای یا کم داده‌ای، یا در مقدار نفقه‌ای که داده شده اختلاف کنند، یا در مدّتی که نفقه داده شده اختلاف داشته باشند، و مدّعی بگوید، ده سال نفقه داده‌ای لیکن وصیّ بگوید دوازده سال نفقه داده‌ام، چون وصیّ امین است، قول او مسموع است. یعنی مطالبهٔ دلیل از وصی نباید کرد و بار اثبات مسائلی را که به انجام وظیفه وصی ارتباط دارد، نباید به دوش او نهاد.»[1]

در توضیح مطلب گفته شده است که «وصی» نه تنها امین و به اصطلاح ید او «ید امانی» است و کسی که خلاف ظاهر امانت او سخن می‌گوید و ادّعایی دارد باید دلیل بیاورد، بلکه: اگر وصی برای هر عملی که در انجام امر وصایت انجام می‌دهد، شاهد و مدرک و سند بیاورد، این امر، موجب مشقّت و عُسر و حَرَج او می‌گردد و **ماعلیکم فی‌الدین من حَرَج**.

برخلاف مورد بالا، گفته شده است که در دعوای رد مال به «مولّی علیه»، پس از کبر، وصی باید دلیل بیاورد، چرا که شاهد گرفتن در این مورد و اقامه دلیل و مدرک، موجب عُسر و حَرَج نبوده و قرین دشواری و مشقّت نیست.

۵ـ قاعدهٔ «نفی عُسر و حَرَج» در مورد عبادات نیز جریان می‌یابد به این صورت که اگر انجام و ایتان عبادتی موجب مشقّت و عُسر و حَرَج گردد، به حکم «لاحَرَج» آن تکلیف مرفوع و منتفی است. فرض کنیم غسل یا وضو در سرمای شدید موجب حَرَج شود، در این صورت طهارت «مائیّه» به طهارت «ترابیه» مبدّل می‌شود و وضو یا غسل به «تیمّم» مبدّل و منتقل می‌شود. اما سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که اگر شخص مکلف تحمّل مشقّت کند و در همان سرمای سخت هم وضو بگیرد، آیا عبادت «ماتی بها»، یعنی عبادتی که بجای آورده مُجزی و دارای ملاک است و موجب سقوط امر و تکلف است یا نه؟

در این مورد نظرات مختلفی ابراز شده است و دانشمندان مبانی گوناگونی اختیار کرده‌اند، به توضیح زیر:

---

۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، **حقوق مدنی**، وصیّت، ص ۴۰۱.

علّامه نائینی، معتقد است که عبادت باطل است، و این مورد (عبادت حَرَجی) هم مثل مورد عبادت ضرری «عبادتی که **مُعَنوَن** به عنوان ضرر است» می‌باشد. ایشان می گویند، لسان هر دو قاعده (لاضرر و نفی حَرَج) یکی است و آن عبارت از: «تقیید مطلقات و تخصیص عمومات» می‌باشد و اطلاق و عموم وارده در نصوص شرعی را مقیّد می‌کنند یا تخصیص می‌زنند. پس در هر دو قاعده حکم واقعی (فی‌المثل وضو یا غسل ضرری و حَرَجی)، یعنی اِتیان وضو یا غسل، مرفوع بوده و حکم آن دیگر در صورت ضرر و حَرَج متوجّه مکلف نیست.

استاد بجنوردی، بر این عقیده‌اند که، عبادات انجام شده با وجود تحمّل عُسرت و مشقّت صحیح می‌باشد، زیرا قاعدهٔ لاحَرَج از جملهٔ احکام «امتنانی» است و شارع مقدس براساس لطف و امتنان حکم حَرَجی را مرفوع اعلام نموده است. نه تنها حکم انجام یافته واجد ملاک و مصلحت است و حکم به بطلان آن خلاف لطف و امتنان است، بلکه عبادت مذکور به مصداق: «**افضل الاعمال اَحمَزُها**» مطلوب‌تر و پسندیده‌تر است.

آیت‌الله بجنوردی در عین حال، قیاس قاعده لاحَرَج و لاضرر را در مسئله صحیح نمی‌دانند و می گویند:

«... در باب لاضرر فعلی که معنون به عنوان ضرر است، منهی و حرام است، و بالضروره امر حرام که ذوالمفسده است، با عبادت جمع نمی‌شود، و آنچه مُبعّد است، نمی‌تواند مقرّب باشد. به خلاف باب حَرَج که فعل حَرَجی متلوّن به لون حرمت نمی‌شود و قهراً مُبعّد نیست و صلاحیّت تقرّب به خداوند سبحان را دارد، و اگر فعل حَرَجی مقرون به قصد قربت باشد، لون عبادت به خود می گیرد و واجد ملاک و مصلحت می‌شود و ...»[۱]

دوّم ـ مصادیق قاعده در قوانین

همان‌طور که ملاحظه شد، قاعدهٔ «نفی عُسر و حَرَج» در قلمرو وسیعی از فقه اسلامی موارد استعمال و کاربرد دارد و خلاصه یکی از قواعد معروف فقه می‌باشد. در قوانین مدنی و برخی از قوانین دیگر ایران قاعدهٔ مذکور مبنا و اساس مواد و مقررات قانونی شده و بخصوص پس از انقلاب اسلامی به قاعدهٔ نفی حَرَج توجّه گردیده است. در قوانین ایران، در برخی از مواد عیناً اصطلاح عُسر و حَرَج به کار رفته و در پاره‌ای از موارد دیگر، مبنای یک حکم قانونی

---

۱. بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، **قواعد فقهیّه**، ص ۱۴۷ و ۱۴۸.

بدون تصریح به اصطلاح اضطرار یا عُسر و حَرَج شده است. ذیلاً به این موارد و مواد اشاره می‌کنیم:

الف ـ طلاق براساس قاعده نفی حرج

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی پس از اصلاح در تاریخ ۶۱/۱۰/۸، چنین مقرّر می‌دارد:

«در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید، در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیّت موجب عُسر و حَرَج است، می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حَرَج، زوج را اجبار به طلاق نماید، و در صورت میسّر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.»

مادّه اصلاحی بالا مجدداً در تاریخ ۷۰/۸/۱۴ تحت عنوان «قانون اصلاح موادی از قانون مدنی» اصلاح شد و در تاریخ ۸/۲۱ همان سال به تأیید شورای نگهبان رسید. در این اصلاحیه مادّه ۱۱۳۰ به صورت زیر به تصویب نهایی رسید:

«در صورتی که دوام زوجیت موجب عُسر و حَرَج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عُسر و حَرَج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسّر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.»

مادّه ۱۱۳۰، قبل از اصلاح، یعنی قبل از اصلاحات سال ۶۱، به مواردی مشخّص تصریح کرده بود و هرگز از عنوان کلّی «عُسر و حَرَج» یا ضرر در متن مادّه استفاده نکرده بود و این گونه مقرر می‌داشت: «حکم مادّه قبل،[1] در موارد ذیل نیز جاری است:

۱ـ در مواردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفاء ممکن نباشد.

۲ـ سوء معاشرت شوهر به حدّی که ادامه زندگانی زن را با او غیرممکن سازد.

۳ـ در صورتی که به واسطه امراض مسریهٔ صعب‌العلاج، دوام زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد.»

موارد مندرج در مادّه فوق‌الذکر قبل از اصلاحات، در حقیقت، مصادیقی از همان قاعده «لاضرر» یا قاعدهٔ «نفی عُسر و حَرَج» است. نیازی به توضیح افزون نیست که درج و تصویب

---

۱. مادّه ۲۹ قانون مدنی: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه.»

عنوان «عُسر و حَرَج» در موارد قانون، در واقع «شمشیر دو دمی» است که می‌تواند در مسیر صلاح و مصالح اجتماعی باشد یا برعکس وسیله سوءاستفاده بعضی از عناصر ناصالح یا ناآگاه که به بهانه استناد به «عُسر و حَرَج» اهداف و مقاصد خود را بر قانون تحمیل می‌نمایند، باشد.

۱ـ نگاهی به پیشینهٔ تاریخی

دقّت در کتب فقهی و سابقه تاریخی مسئله نشان می‌دهد که فقهای اسلام در گستره وسیعی از این قاعده، بخصوص در امر «طلاق»، استفاده نکرده‌اند و آن را، یعنی طلاق را به‌فرموده پیامبر اسلام(ص) «ابغض الاشیاء» می‌دانسته‌اند و به گفته مولوی:

تا تــوانی سر منه انــدر فــراق ابغض الاشیاء عندی الطّلاق

و همچنین با استناد به برخی از احادیث و اخبار مثل روایتی که می‌گوید: «**الطّلاق بِیَد مَن اَخَذَ بالسّاق**»، به‌طورکلی در امر حفظ کیان «خانواده» و جلوگیری از تلاشی خانواده‌ها، جانب احتیاط را رعایت می‌کردند.

همین احتیاط در زمینه‌های دیگری نیز خودنمایی می‌کند.

از امام صادق می‌پرسند: آیا پدر می‌تواند فرزند صغیر خود را تزویج کند، می‌گوید: «لابأسَ»، یعنی اشکالی نیست، لیکن پرسش‌گر اضافه می‌کند:

«یجوز طلاق الاب»؟ آیا پدر می‌تواند زوجهٔ فرزند صغیر خود را طلاق دهد: «قال الامامُ: لا.» یعنی پدر نمی‌تواند به‌عنوان «ولی» مبادرت به طلاق زوجه فرزند کند.[1]

استاد محمدجواد مغنیه در همین زمینه، یعنی احتیاط فقهای اسلام در امر طلاق، این گونه می‌نویسد: «**... لکنهم: یحجَمُونَ خوفاً ان تشیع الفوضی، و یتطفّل مَن لَیسَ اهلاً للعلم و لا اميناً علی الدّین، فیجری الطّلاق قهراً عَنِ الزّوج، دونَ عَن تتوافَرَ المسوّغات الشرعیة والاسباب الموجبة...**»[2]

یعنی، فقهای اسلام، از طلاق (در این قبیل موارد)، به خاطر درغلتیدن و فرورفتن در بی‌نظمی و هرج و مرج خودداری می‌کنند، و نیز از آن هراس دارند که هر طفل رهی که صلاحیت علمی و تقوایی ندارد، کودکی کند و درحالی‌که امین دین و آئین نیست، بدون اذن و رضایت شوهر، و بدون توجه به دستورات و مقررات شرع مبادرت به طلاق کند و... همین مسئله رعایت احتیاط و دوری جستن از شبهات، حتی در بین قائلان و معتقدان به «ولایت» حاکم شرع نیز تفرقه و تشتت ایجاد کرده است و همان‌گونه که اشاره خواهیم کرد، در حدود

۱. مغنیه، محمدجواد، **فقه الامام جعفر الصادق(ع)**، ج ۶، ص ۷.

۲. همان، ص ۵۷.

اختیارات حاکم نظرات گونه‌گونی ارائه شده است.

۲ـ توجه به «حوادث واقعه» و نیازهای زمان

همان‌طورکه در مقدمه این نوشته اشاره شد، با وجود همه‌گونه احتیاط و دقت و توجه اکید به حفظ موجودیّت و کیان خانواده، نیازها و ضرورتهای زمان و به اصطلاح بزرگان بروز و ظهور «حوادث واقعه»، فقهای دوراندیش و تیزبین را بر آن داشته است که از دایرهٔ محدود استفاده از «قاعده»، فراتر روند و به گفتهٔ یکی از صاحب‌نظران، احتیاط را فرو گذاشته و به «انصاف» روی آورند. روشن است که گذر از مرز احتیاط و توجه به انصاف و ضرورتها، ازطریق استناد و تمسک به «قواعد و احکام ثانویّه»، مثل قاعده لاضرر و لاحَرَج، خود گویای درخشندگی و غنای نظام حقوقی اسلام است و چنین است که اجتهاد و «فتوا»، در جاودانگی و ماندگاری نظام حقوقی اسلام، از بستر همین نهادها و تأسیس‌های فقهی و حقوقی، نقش بسیار عظیم و سازنده‌ای می‌تواند داشته باشد.

۳ـ حقوق تطبیقی و نظرات فقها

بی‌مناسبت نیست، نظر به اهمیت مسئله به اختلاف آرای فقها در مکاتب مختلف فقهی اشاره کنیم. یکی از محققان می‌گوید: مسئله‌ای را که این همه محتاج به تحقیق و تفحّص، داشته و در عین حال نیازمند جرأت و شجاعت در بیان حقیقت آن باشیم، نمی‌شناسیم![1] به همین علت ذیلاً به نظرات فقها و اختلاف آرا ـ هرچند به طور مختصر و گذرا ـ می‌پردازیم:

۱ـ ابوحنیفه می‌گوید: به هر تقدیر قاضی حق طلاق ندارد، مگر زمانی که زوج «مجبوب، خصیّ یا عنین»[2] باشد، پس عدم انفاق، و غیبت منقطع و حبس مؤبّد و مسائل و مواردی از این قبیل، موجب طلاق زن، بدون رضایت شوهر نمی‌شود، زیرا که: «**الطلاق بِیدِ من اخذ بالسّاق**»!

۲ـ مالک، شافعی و ابن حنبل، بر این عقیده‌اند که زن در صورت و شرایط و اسباب زیر می‌تواند تقاضای طلاق کند:

ـ عدم انفاق

یعنی در صورتی که مرد عاجز از دادن نفقه باشد، زن می‌تواند تقاضای طلاق کند، و اگر

---

۱. استاد مغنیه، **فقه الامام جعفر الصادق**، ج ۲، ص ۵۴.

۲. خصیّ از واژه خصاء به کسر خاء می‌باشد که عبارت از «اخته» بودن مرد می‌باشد. مادّه ۱۱۲۲ قانون مدنی. عنن، نوعی بیماری در مرد است که قوهٔ نشر آلت تناسلی مرد را ضعیف می‌کند و مانع نزدیکی می‌شود، مادّه ۱۱۲۲ قانون مدنی، و مجبوب کسی است که آلت تناسلی او بریده باشد.

عجز شوهر ثابت نشود ولی از دادن نفقه امتناع کند، شافعی معتقد است که: «**لایُفرّق بینهما**» طلاق جایز نیست. امام مالک و احمد بن حنبل می گویند که در صورت امتناع از دادن نفقه نیز حاکم می تواند مبادرت به طلاق و جدایی زن و شوهر نماید. در قانون مصر هم، نظر به تعذّر انفاق، در صورت امتناع شوهر، حاکم می‌تواند به طلاق اقدام و حکم لازم صادر نماید.

ـ تضرّر زوجه

اگر زن از رفتار و گفتار شوهر متضرّر شود، به حدّی که دوام و قوام زندگی آنها «نوعاً» مختل گردد، قاضی می‌تواند امر به طلاق نماید. براساس نظر فوق، مادّه ۲۵ قانون مدنی مصر (۱۹۲۹) همین اختیار را به قاضی داده است. (محمد ابوزهره احوال شخصیّه)[1]

ـ غیاب زوج

در این مورد هم که زوجه از غیبت زوج متضرر شود، نزد احمد و مالک، قاضی می تواند حکم به فراق و جدایی دهد. کمترین مدّت را شش ماه گفته‌اند (در مکتب احمد بن حنبل) و در مذهب مالک این مدّت سه سال می‌باشد. بعضی گفته‌اند که پس از انقضاء مدّت یک سال از غیاب شوهر، زن می تواند درخواست طلاق کند و قانون مصر همین مدّت یک‌سال را انتخاب کرده است و ...

ـ حبس شوهر

ضرر و حرجی که در نتیجه محبوس بودن شوهر بر زن تحمیل می‌شود نیز یکی از موجبات طلاق توسط حاکم است. و «**نصّ علیه ابن تیمیة الحنبلی.**» در قانون مصر مقرّر است که اگر زوج سه سال یا بیشتر در حبس باشد (محکوم به سه یا بیشتر شود)، زن می تواند درخواست تفریق و طلاق کند و...[2]

۴ـ فقهای امامیّه

اکثر فقهای امامیه معتقدند که قاضی ولایت بر طلاق ندارد، جز در مورد زوجه مفقود، یعنی زنی که شوهر او غایب و مفقود شده است، و این ولایت نیز در صورت جمع شروط و اسبابی است که در فقه مذکور می‌باشد، لیکن همان‌طور که استاد مغنیه می گوید: «**... جماعة مِن المراجع الکبار اَجازوا ذالک عَلی اختلاف بینهم فی الشروط والقیود.**» جمعی از مراجع بزرگ ولایت قاضی در امر طلاق را اجازه داده‌اند.

---

۱. «و قد اخذ القانون ذالک من مذهب مالک و احمد.»

۲. مغنیه، محمدجواد، **الفقه علی المذاهب الخمسه**، ص ۴۵۲.

به نظرات زیر توجه کنیم:

ابن جنید می گوید: زمانی که عجز زوج از دادن نفقه معلوم شود و ترک انفاق تکرار گردد، زوجه اجازه دارد که از حاکم تقاضای طلاق و فسخ نکاح کند.

شهید در مسالک از قول ابن جنید می نویسد:

«اذا تجدّد عَجز الزوج عَنِ النفقه، ففی تَسلّط الزوجة علی الفسخ قولان، اَحَدهما، و به قال ابن جُنید، اَنّ لهاالخیار و...»

ابن جُنید جواز طلاق را تنها در صورت عجز شوهر و تکرار و استمرار عجز او می داند. صاحب **ریاض** هم با این عقیده موافق بوده‌اند.

صاحب **جواهر** و همچنین نویسنده کتاب **حدائق**، و همچنین مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی در کتاب **وسیلةالکبری** نوشته‌اند: حاکم در صورت امتناع زوج با وجود قدرت و استطاعت، می تواند حکم به طلاق کند، ولی در صورت اعسار و فقر و عدم قدرت شوهر، قاضی مجاز به صدور حکم طلاق نخواهد بود. (**لا یُطلّق، اذا کان مُعسراً**)[۱]

آیت‌الله حکیم معتقد است: قاضی، چه در صورت عجز شوهر از دادن نفقه، و چه درصورت امتناع او (با وجود قدرت و توان زوج بر انفاق) می تواند مبادرت به حکم طلاق نماید. ایشان درخصوص شوهری که استطاعت انفاق دارد، لیکن از دادن نفقه امتناع می کند، چنین نوشته‌اند:

«... فیلزمُهُ باحدالامرین: من الانفاق، اوالطلاق، فان امتنع عَنِ‌الامرین، و لم یمکُن الانفاق علیها مِن مالِه، جاز للحاکم طلاقها، ولا فرقَ بین الحاضر والغائب.»[۲]

آیت‌الله حکیم بر این عقیده‌اند که: قاضی زوج را به انفاق یا طلاق امر می کند و در صورت امتناع او، یعنی در صورتی که نه اقدام به طلاق نماید و نه نفقه زوجه را بدهد، قاضی می تواند اقدام به صدور حکم طلاق کند و این در صورتی است که امکان دادن نفقه زن از اموال شوهر موجود نباشد. در این امر، تفاوتی بین حاضر و غایب نیست. یعنی چه شوهر حضور داشته باشد و چه غایب باشد، قاضی به شرح فوق عمل می کند.

نظر آیت‌الله سیدّمحمد کاظم یزدی

مرحوم یزدی در کتاب ارجمند **ملحقات العروه** (ج ۲)، با شجاعت و روشن‌بینی تمام،

---

۱. همان، **فقه‌الامام جعفرالصادق**، ج ۲، ص ۵۵.

۲. همان. ص ۵۵.

صورتهای مختلف و مصادیق متعدّدی از قاعده «نفی عُسر و حَرَج» را، در مسئله طلاق و اجرای آن توسط حاکم و قاضی مطرح می‌کند و با آنکه نظر و فتوای این فقیه بزرگ، با نظر مشهور موافق نیست، ولی نظرات او پایه مواد مختلفی در قانونی مدنی می‌گردد و نهایتاً، بعد از انقلاب اسلامی و در اصلاحات سال ۱۳۶۱ و بعد، قاعده نفی ضرر و نفی حَرَج، با توجه به‌تمام مصادیق، در قانون مدنی انعکاس می‌یابد.

«سیّد» در مسئله ۳۳، می‌گوید:

«هرگاه زن غایب مفقودالاثر نتواند عملیات مقدماتی که برای رهایی خود از شوهرش لازم است، به‌علّت مانعی از موانع انجام دهد، هر چند از جهت نداشتن نفقه در مدّت معیّنه (چهارسال) باشد و کسی هم نباشد به او انفاق کند (به صورت تبرّعی یا از سوی ولی زوج)، می‌تواند درخواست طلاق کند و طلاق او به وسیله حاکم بعید نمی‌باشد. همچنین است در مورد زنی که شوهرش غایب بوده و زنده بودنش معلوم می‌باشد و زن توان صبر و انتظار ندارد و از محل شوهر اطّلاعی در دست نیست، و همچنین در مورد زنی که شوهرش محبوس و زندانی است و مشخص است که شوهر هیچ‌گاه نمی‌آید (حبس موبّد). و یا کسی که شوهرش مُعسر است و تمکّن انفاق ندارد و زن نیز بر این وضع صبر نمی‌کند. در کلیّه موارد یاد شده و امثال و اشباه آن، هر چند ظاهر کلمات فقهاء عدم جواز طلاق و تفرقه، به‌وسیله قاضی می‌باشد، لیکن می‌توان گفت که حاکم مجاز است با استناد به قاعدهٔ «نفی حَرَج» و قاعدهٔ «لاضرر» حکم به طلاق زن بنماید، مخصوصاً زمانی که زن جوان باشد و صبر و شکیبایی او در طول زندگی موجبات عُسرت و مشقّت شدیدی را فراهم آورد و، نهایتاً به آیات و اخباری نیز استناد می‌نماید.»[۱]

آیا در مورد زوجه منقطعه غایب مفقودالاثر هم می‌توان با استناد به قاعده نفی ضرر و حَرَج درخواست بذل مدّت از سوی زن را پذیرفت؟ این سؤال شاید قبل از اصلاح مادّه ۱۱۳۰ با دشواری‌هایی مواجه می‌شد، لیکن در وضع فعلی که مادّه مذکور عبارت عُسر و حَرَج را به‌صورتی کلّی و عام منعکس نموده است، مشکلی در این زمینه وجود ندارد.[۲]

---

۱. **عروة‌الوثقی**، ج ۲، ص ۷۵، مسئله ۳۳. در ادامه می‌افزاید: «... و لما یمکن ان یستفاد من بعض الاخبار، کصحیح: ربعی و الفضیل بن یسار عن ابی عبدالله(ع) فی قول‌الله عزوجل (و من قدر علیه رزقه، فلینفق مما اتیه الله) قال: اذا انفق علیها ما یقیم ظهرها مع کسوة و الا فرق بینهما.»

۲. دکتر امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ۴، ص ۲۵۶؛ و دکتر کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، خانواده**، ج ۱، ص ۳۸۴.

ب ـ در روابط استیجاری

می‌دانیم که پس از انقضای مدّت قرارداد اجاره یا فسخ قرارداد، مستأجر حق سکونت و اقامت در مورد اجاره را ندارد و در صورت عدم تخلیه محل از سوی مستأجر، مالک یا مؤجر حق دارد که تخلیه مورد اجاره را از دادگاه درخواست نماید. در صورت استنکاف مستأجر از تخلیه عین مستأجره، ید او دیگر ید امانی نیست، بلکه او (مستأجر) غاصب و ضامن می‌باشد و عدالت ایجاب می‌کند که در صورت مطالبه مؤجر، دادگاه حکم به تخلیه مورد اجاره بدهد. محل اجاره چه مسکونی و چه تجاری و چه آموزشی یا برای موارد دیگر باشد، تفاوتی در اصل مسئله نمی‌نماید.

با وجود توضیحات بالا، گاه اجرای عدالت محض خود موجب عدم تعادل می‌شود و با «انصاف» معارضه می‌کند و این وضع در ضمیر هر انسانی نوعی از اضطراب و عدم آرامش به وجود می‌آورد. در واقع حکم به تخلیه عین مستأجره در وضعی که مستأجر گرفتار «عُسر و حَرَج» و مشقّت است، با حکم «انصاف» تعارض دارد، هرچند با عدالت سازگار باشد. بر همین اساس، قانونگذار در چنین موارد گریزگاهی برای عدم اجرای قانون، پیش‌بینی می‌کند و در واقع احکام ثانویه را موقتاً جایگزین حکم نخستین می‌نماید. عبارت معروف: «**فنظرة الی میسره**»، در مورد پرداخت دین و تأخیر در تأدیه یا تقسیط آن، که مبنای مادّه ۲۷۷ قانون مدنی است، بر همین اساس می‌باشد.

درخصوص تخلیه مورد اجاره، در قوانین سابق (قبل از اصلاحات سال ۶۲) نیز دادگاه می‌توانست مهلت اندکی به مستأجر بدهد، اما هرگز به قاعده «عُسر و حَرَج» در آن قوانین تصریح نشده بود، لیکن پس از انقلاب اسلامی، و با توجه به اوضاع و احوالی که پس از انقلاب پیش آمد، قانونگذار، در مورد تخلیه اعیان مستأجره، به قاعده نفی حَرَج توجّه خاص نمود و آن را در مادّه ۹ قانون مالک و مستأجر مصوّب ۶۲/۲/۱۳ به شرح زیر منعکس نمود:

«در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن، موجب عُسر و حَرَج مستأجر بداند، و معارض با عُسر و حَرَج موجر نباشد، می‌تواند مهلتی برای مستأجر قرار بدهد.»

انعکاس قاعدهٔ حَرَج در مادّه فوق حتی به احکامی که قبلاً صادر شده ولی هنوز به‌مرحله اجرا نرسیده بود تسرّی پیدا کرد و تبصره ۲ قانون مذکور چنین مقرّر داشت:

«تبصره ۲ شورایعالی قضایی مکلّف است در اولین فرصت دادگاههای ویژه‌ای تشکیل دهد و کلیه احکام تخلیه، که از طرف دادگاه یا اداره ثبت صادر شده، و هنوز اجرا نشده است،

مورد تجدیدنظر قرار دهد، و چنانچه تخلیه منزل، مستلزم عُسر و حَرَج برای مستأجر باشد، آن حکم را متوقف سازد.»

در سال ۶۴، اجرای قاعده، به اماکن استیجاری آموزشی، و در تاریخ ۶۵/۷/۲۴ هم به اماکنی که مهاجران جنگی اجاره کرده بودند، تسرّی داده شد. تبصره ۱ به‌صورت زیر به‌تصویب رسید:

«تبصره ۱ ـ در مواردی که دادگاه صدور حکم تخلیه اماکن آموزشی را به علّت کمبود جای مناسب موجر عُسر و حَرَج تشخیص دهد، دادگاه مکلف است تا رفع عُسر و حَرَج به‌مدّت پنج سال از صدور حکم خودداری کند و این قانون از تاریخ تصویب لازم‌الاجراست.»

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در تبصره ۱ فوق‌الاشعار، تنها اجرای حکم نیست که به‌منظور پیشگیری از عُسر و حَرَج متوقف می‌شود، بلکه اصل صدور حکم، نظر به نفی حَرَج مورد نهی قانونگذار قرار گرفته است.[1]

استاد بجنوردی در زمینه اجرای قاعده عُسر و حَرَج در مورد روابط استیجاری چنین نوشته‌اند:

«اگر حکم به تخلیه مستلزم عُسر و حَرَج برای مستأجر ـ اعم از شخصیت حقیقی و یا حقوقی ـ باشد، قهراً آن حکم به موجب قاعده لاحَرَج منفی و مرفوع می‌شود، مگر اینکه حکم به عدم تخلیهٔ عین مستأجره برای مالک موجب حَرَج باشد، در این صورت قاعدهٔ لاحَرَج در طرف مستأجر جاری نمی‌شود، زیرا از جریان قاعدهٔ لاحَرَج در طرف مستأجر، موضوع لاحَرَج در طرف موجر پدید می‌آید و جریان لاحَرَج در طرف موجر موجب بی‌اثر کردن لاحَرَج در طرف مستأجر است. بنابراین چنانچه ملتزم بشویم به جریان قاعده لاحَرَج در طرف مستأجر، از جریان آن عدم جریان لازم می‌آید ـ یلزم من وجوده عدمه ـ و این معنی محال است. بنابراین در این گونه موارد ملزم به عدم جریان قاعدهٔ لاحَرَج می‌شویم.»[2و3]

---

۱. دکتر کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی**، دوره عقود معین، ج ۱، ص ۵۴۶.

۲. موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، **قواعد فقهیه**، ص ۱۴۶.

۳. قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۷۶/۵/۲۶ در مادّه ۳، مقررات جدیدی به تصویب رساند. در این مادّه تصریحی که در مادّه ۹ قانون مالک و مستأجر مصوب ۶۲ به قاعده «عُسر و حَرَج» شده بود حذف گردید. مادّه ۳ می‌گوید: پس از انقضاء مدّت اجاره و با تقاضای موجر تخلیه عین مستأجره از طریق دوایر اجرای ثبت یا مقام قضایی ظرف یک هفته انجام می‌گیرد. به نظر می‌رسد، در صورت جمع شرایط و شروط مذکور در قانون اخیرالتصویب، استناد به عُسر و حَرَج ممکن نخواهد بود، ولی در موارد دیگر که مورد شامل قوانین قبلی است، قاعده همچنان حکومت خواهد داشت.

ج ـ در سایر موارد قانونی

در موارد عدیده‌ای از قانون مدنی یا قانون امور حسبی و سایر قوانین و مقررات دیگر، قاعده «نفی حَرَج» یا «نفی ضرر» مبنای حکم قانونی قرار گرفته است، لیکن همان‌طور که قبلاً اشاره رفت، به «قاعده» تصریح نشده و عبارت «عُسر و حَرَج» یا «ضرر» در قانون مذکور نشده است. ذیلاً به عنوان نمونه، پاره‌ای از این مواد را ذکر می‌کنیم:

۱ـ می‌دانیم که در موارد عادی وصیت‌نامه باید به‌صورت «رسمی، سرّی یا خودنوشت» باشد، لیکن در برخی اوضاع و احوال خاصّ، مثل سفر دریا، جنگ، مرگ فوری و امثال اینها، رعایت تشریفات و ترتیبات مربوط به وصیّت‌نامه ممکن نیست و اگر در این قبیل موارد قانونگذار شخص را ملزم به رعایت همهٔ ترتیبات نماید، موجب عُسر و حَرَج و مشقّت موصی خواهد شد. بر این پایه به منظور جلوگیری از مشقّت و حَرَج و یا ضرر، مادّه ۲۸۳ قانون امور حسبی مقرّر می‌دارد:

«در موارد فوق‌العاده از قبیل جنگ، یا خطر مرگ فوری و امراض ساریه و مسافرت در دریا که مراوده نوعاً مقطوع و به این جهت موصی نمی‌تواند به یکی از طرق مذکور (رسمی، سرّی، خودنوشت) وصیّت کند، ممکن است وصیّت به‌طریقی که در مواد بعد ذکر می‌شود واقع شود.»[1]

۲ـ مادّه ۱۳۱۲ قانون مدنی: بند ۳ و ۴ مادّه اصلاحی مذکور می‌گوید: در مواردی که عادتاً، تحصیل سند معمول نیست مانند حق‌الزحمه پزشک و اموالی که اشخاص در مهمانخانه‌ها، قهوه‌خانه‌ها و کاروانسراها و نمایشگاهها می‌سپارند، و در مواردی که سند تعهّد به‌علت حوادث غیرمنتظره مفقود یا تلف شده باشد، شهادت شهود بدون رعایت مفاد مادّه ۱۳۰۹ قانون مدنی (که می‌گوید تحصیل سند رسمی الزامی است) پذیرفته می‌شود. روشن است که عدم استماع شهادت در موارد مذکور در مادّه ۱۳۱۲ موجب عُسر و حَرَج خواهد بود.

۳ـ مادّه ۳۰۶ قانون مدنی مقرّر می‌دارد: «اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازه مالک یا کسی که حق اجازه دارد، اداره کند، باید حساب زمان تصدّی خود را بدهد. در صورتی که تحصیل اجازه در موقع، مقدور بوده یا تأخیر در دخالت، موجب ضرر نبوده است، حق مطالبهٔ مخارج نخواهد داشت. ولی اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت

---

۱. **مجموعه قوانین و مقررات حقوقی**، تدوین غلامرضا حجّتی اشرفی، ص۲۹۷.

موجب ضرر صاحب مال باشد، دخالت‌کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره‌کردن لازم بوده است.»[۱]

عدم اداره اموال غایب یا محجور و امثال آنها، بخصوص زمانی که در معرض تلف و خرابی است، به هر تقدیر در جهت منافع فرد و نهایتاً اموال جامعه‌ای است که فرد در آن زیست می‌کند. اگر قانونگذار اجازه تصرّف در اموال غایب و محجور و... را نمی‌داد، روشن است که علاوه بر تلف اموال، وضع دشوار و پرمشقّتی برای غایب یا محجور پیش می‌آمد و مبنای این مادّه هم در واقع دفع یا پیشگیری از دشواری و عُسرتی است که قابل پیش‌بینی می‌باشد.

در صفحات قبل هم، به مناسبت، به موادی از قوانین ایران از جمله ماده ۲۷۷ و ۶۹۷ قانون مدنی (ضمان عهده) و همچنین موضوع «ضمان مالم یجب» و امثال اینها اشاره شد که در آن موارد نیز، مبنا، قواعدی چون «لاضرر» و «نفی حَرَج» بوده است.

د ـ توضیحاتی برای شناخت بیشتر

در خاتمه این بحث، توجّه به نکاتی را که می‌تواند مفهوم و قلمرو قاعده «لا حَرَج» را روشن‌تر نماید و در شناخت بیشتر ماهیت قاعده مفید واقع شود، متذکر می‌شویم:

۱ـ حرج و عدم قدرت عقلی

مفهوم حَرَج، صرفاً مشقّت و دشواری، و نوعی از ناراحتی و مضیقه است که به‌فشارهایی که بر جسم وارد می‌شود، اطلاق می‌گردد. توضیح اینکه، «حَرَج» ناتوانی عقل یا عدم قدرت عقلانی نیست. ممکن است عقلاً اقدام به عملی ممکن باشد و انجام آن نیز با دشواری همراه گردد، ولی همین دشواری و مشقّت است که منفی و مرفوع است وگرنه آنچه که عقلاً غیرممکن است، در حقیقت «تکلیف به مالایطاق» است که عقل (عقل عملی) و همچنین بنای عقلا آن را مردود می‌داند و دستورات شرع در این زمینه جنبهٔ ارشادی دارد. یعنی اگر دستور شارع هم نبود، عقل مستقل تکلیف «مالایطاق» را مردود و ممنوع می‌دانست و به‌همین دلیل قدرت عقلی بر انجام تکلیف، یکی از شرایط (شروط) عمومی تکلیف محسوب می‌گردد و هر کجا مکلّف قدرت بر انجام اساساً ندارد، تکلیفی هم بر او بار نیست، مثل مسائلی مربوط به «صغر»، «جنون»، و امثال اینها. خلاصه آنکه می‌توان گفت: حَرَج مشقّتی است که یا عادتاً قابل تحمّل نیست، یا تحمّل آن همراه با دشواریهای شدیدی است. یکی از صاحب‌نظران می‌گوید: «... اگر فرض شود که گرفتن روزه، موجب بیماری یک‌روزه که قابل تحمّل است

---

۱. قانون مدنی.

بوده باشد که (عقلاً قابل تحمّل است)، قاعدهٔ نفی حَرَج می‌گوید؛ این روزه واجب نیست.»[1]

۲ـ ضرر و حرج

به نظر می‌رسد که «ضرر» بیشتر جنبه مادّی و مالی دارد و به هر تقدیر، ضرر عبارت از نقص وارد به یک حالت «معتدل» و کاستن یا از دست دادن آن وضع طبیعی و یا مقرّری قانونی که مطلوب انسان است، درحالی که «حَرَج»، عبارت از زحمت و مضیقه و ناراحتی و دشواری نسبتاً «شدید و یا فاحشی» است که عادتاً و برای انسان «متعارف» قابل تحمّل نیست.

با توجه به توضیح بالا، ضرر عمومی‌تر و گسترده‌تر از «حَرَج» است، زیرا که ممکن است ضرر گاهی ناچیز باشد و زمانی دیگر ضرر عمده و بزرگتری که در عین حال، موجب «عُسر و حَرَج» هم هست.

۳ـ قاعده نفی حرج و مسئله «ضمان»

برخی از صاحب‌نظران می‌گویند، با توجه به ادلّه‌ای که «حَرَج» را نفی می‌کند، این مسئله روشن می‌شود که «تکالیف» مشروط به عدم دشواری و عدم اخلال به آسایش عادی و معمولی انسان در زندگانی می‌باشد، یعنی مشقّت و دشواری، بیشتر از آنچه که خود تکلیف اقتضا می‌کند، در انجام تکالیف مردود و منفی می‌باشد و قاعدهٔ «نفی حَرَج» صرفاً می‌تواند تکلیف را مرتفع سازد.

با توجه به توضیح بالا، سؤال دیگری مطرح می‌شود. سؤال این است که:

آیا با استناد و تمسک به این قاعده (نفی حَرَج) می‌توان از جبران خساراتی که به‌حقوق دیگران وارد شده شانه خالی کرد و به بهانه «نفی حَرَج» و اضطرار از جبران خسارت یا خسارتهای احتمالی وارد به حقوق دیگران امتناع نمود؟ مثلاً: اگر گرسنه‌ای درحال اضطرار و نیاز شدید خوراکی دیگری را بخورد و یا به نوعی به اموال دیگران برای سدّ جوع یا رفع حَرَج تجاوز نماید، ضامن قیمت یا ضامن تلف آن نیز هست یا نه؟

آن‌گونه که صاحب‌نظران نوشته‌اند، قول مشهور در فقه امامیّه و در مذهب حنفی و برخی مکاتب دیگر این است که این امر ضمان‌آور است و شخص مسئول جبران آن می‌باشد.

در این زمینه مادّه ۳۳ «المجلّه» چنین مقرر می‌دارد:

«الاضطرار لا یبطل حق‌الغیر. یتفرع علی هذه القاعدةِ انه لو اضطر انسان من الجوع

---

۱. استاد جعفری، محمدتقی، **رسائل فقهی**، ج ۱، ص ۹۰.

فاکل طعام‌الاخر یضمن قیمته.»[1]

این مادّه می گوید: اضطرار، حق دیگری را از بین نمی‌برد، و فرع بر همین قاعده است که اگر شخصی از شدت گرسنگی مضطر و پریشان گردد و خوراکی شخص دیگری را بخورد، ضامن قیمت آن است.

مادّه ۹۱۹ المجله، نیز می گوید:

«اگر کسی خانه دیگری را بدون اذن صاحب‌خانه، به منظور جلوگیری از گسترش حریق ویران کند، ضامن خسارات تخریب می‌باشد، مگر آنکه اقدام شخص به‌دستور مرجع صالح (دولت ـ ولی‌امر) باشد که او ضامن و مسئول نخواهد بود.»

مادّه ۴۸۰ همین مجموعه درخصوص تمدید اضطراری مدّت اجاره نیز چنین می گوید:

«اگر مدّت اجاره زورقی، به علّت ضرورت تمدید شود (یعنی مدّت منقضی و اضطراراً زمان بیشتری زورق در دست مستأجر باشد)، برای مدّت اضافی اجرت‌المثل باید پرداخت شود.

همچنین است، اگر حیوان خشمگینی (شتر) به شخصی حمله‌ور شود و شخص برای نجات جان خود او را از پای درآورد، بعضی از مذاهب مثل مذهب حنفی قاتل حیوان را ضامن خسارت وارده می‌دانند.»

سلیم رستم باز در شرح خود بر «**المجله**» ذیل مادّه ۳۳ چنین اظهارنظر می کند:

«اگر شتر خشمگینی بر شخصی هجوم آورد و او را در معرض قتل و مرگ قرار دهد، مرد می‌تواند شتر را بکشد و شخص کشنده ضامن قیمت می‌باشد. مگر اینکه خود قاتل یا دیگری، از پیش به صاحب حیوان گوشزد کند و شهادت بگیرد و صاحب شتر متنبّه نگردد که در این صورت شخص کشنده ضامن نخواهد بود.»[2]

لازم به ذکر است که احمدبن حنبل و امام مالک در این زمینه نظر دیگری دارند. این دو معتقدند که در صورت اضطرار و «عُسر و حَرَج»، اگر شخصی مال دیگری را بخورد ضامن آن نیست. در توجیه این نظر گفته‌اند: «مساوات و احیای نفوس به شرط قدرت و توانایی واجب است.» برخی از بزرگان در این زمینه و همچنین در مسئله کشتن حیوان خشمگین (جملُ

---

۱. «**المجله**» مادهٔ ۳۳ و...

۲. سلیم رستم باز لبنانی، **شرح المجله**، ص ۳۳، ذیل مادّه ۳۳.

هائج) قائل به تفکیک شده‌اند. دکتر محمصانی از قول یکی از فقهای عامه به نام «ابن‌رجب» می‌نویسد:

«هر کس چیزی را برای دفع ضرر مستقیم از خود تلف کند، ضامن نیست، ولی هر کس چیزی را برای دفع ضرر ناشی از آن تلف کند، ضامن است.»[1]

نظر بالا از دقت و حکمتی شایان توجه برخوردار است. به نظر می‌رسد این نظر عالمانه و عادلانه است.

---

۱. دکتر محمصانی، به نقل از **القواعد** ابن رجب (قاعدهٔ ۲۶، ص ۳۶)، منبع پیشین.

کتاب‌نامه

- **قرآن کریم**
- ابن عربی، محی الدین، **فصوص الحکم**، تعلیقه ابو العلاء عفیفی، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۳۶۵ق
- آندره پی‌تر، **مارکس و مارکسیسم**، تهران، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۶۰ش
- امام علی بن ابی طالب(ع)، نهج‌البلاغه
- ابن منظور، محمد ـ **لسان‌العرب**، تعلیقه علی شیرازی، بیروت، داراحیاء تراث العربی، ۱۴۰۸ق
- افلاطون، **جمهور**، ترجمه فؤاد روحانی، چاپ پنجم، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۶۸ش
- ابن خلدون، عبدالرحمن، **مقدمه**، محمدپروین گنابادی، چاپ پنجم، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۶۶ش
- ابن سینا، حسین بن عبدالله، **الاشارات و التنبیهات**، تهران، دفتر نشر کتاب، ۱۳۶۲ ش
- افشار، حسن، **حقوق تطبیقی**، ۱۳۴۶، دانشگاه تهران و نیز چاپ شرکت تعاونی دانشجویان، ۱۳۵۱
- امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، جلد ۱ و ۲، انتشارات اسلامیه
- ارسطو، **اخلاق نیکوماخوس**، شماره A، ۱۱۳۸
- اصغری، سیدمحمد، **عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق**، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۶
- اصغری، سیدمحمد، **جرم سیاسی و قواعد درأ و نفی حرج**، انتشارات اطلاعات
- ابن اثیر، عزالدین، **اُسدُالغابّه فی معرفة الصحابه**، جلد ۱، بیروت، داراحیاء التراث، بی‌تا
- ابن اثیر، عزالدین، **الکامل فی التاریخ، دارُ صادر**، دارُبیروت، ۱۳۸۵ق
- اصغری، سیدمحمد، **قیاس و سیر تکوین آن در حقوق اسلام**، کیهان، چاپ دوم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۰
- اصغری، سیدمحمد، **مسئولیت همگانی**، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۸ ش
- امینی (علّامه) شیخ عبدالحسین، **شهداءالفضیله**، ترجمه ف ـ ج (شهیدان راه فضیلت)، انتشارات

روزبه، بی تا
- ابن عربی، محی الدین، فصوص الحکم، فصّ یونس، آفتاب، روزنامه، ۸۶/۸/۱۶
- آمِدی، عبدالواحد (تیمی)، **غررالحکم و دررالکلم**، ج ۱، انتشارات دانشگاه، ۱۳۶۶
- آمِدی، **غررالحکم**، تصحیح حسین ارموی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۰ ش
- اصغری، سیدمحمد، **مظلومی بر بالای دار**، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۱
- اصفهانی، شیخ محمدحسین، **نهایة الدرایة فی شرح الکفایة**، چاپ اوّل، قم، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق
- ابن زهره حمزه ابوالمکارم، **غنیة النزوع، مندرج در الجوامع الفقهیّه**، تهران، انتشارات جهان، بی تا
- ابن قدّامه، عبدالله، **المغنی**، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا
- انصاری، شیخ مرتضی [**المکاسب**، جزءالاول، بیروت، مؤسسةالاعلمی للمطبوعات، جمادی‌الاوّل، ۱۴۱۵ق]
- ابن قیم الجوزیّه، **اعلام الموقّعین**، تصحیح محمد معتصم بالله البغدادی، بیروت، دارالکتاب العربی، ۱۴۱۶
- ابن حنبل، احمد، **مُسند**، ج ۵، دارالفکر
- اصفهانی، شریعت، (شیخ الشریعة)، **رساله لاضرر**، بی تا و بی جا
- ابن ابی الحدید، **شرح نهج‌البلاغه**، تحقیق محمد ابوالفضل ابراهیم، چاپ دوم، بیروت، داراحیاءالتراث، ۱۳۸۷ق
- بلاغی، صدرالدین، **برهان قرآن**، حسینیه ارشاد، ۱۳۵۰ ش
- بلاغی، صدرالدین، **عدالت و قضا در اسلام**، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۰
- بشیریه، حسین، **عقل در سیاست**، چاپ اوّل، تهران، نشر نگاه معاصر، ۱۳۸۲
- بشیریه، حسین، **تاریخ اندیشه‌های سیاسی در قرن بیستم، لیبرالیسم و محافظه‌کاری**، تهران، نشر نی، ۱۳۷۸ش
- بشیریه، حسین، **دولت عقل، ده گفتار در فلسفه و جامعه‌شناسی سیاسی**، چاپ اوّل، تهران، نشر علوم نوین، ۱۳۷۴
- بجنوردی، سیدمحمد، **مقالات اصولی**، امیرکبیر، ۱۳۷۱
- بجنوردی، سیدمحمد، **قواعد فقهیّه، قاعده لاضرر**، نشر میعاد، ۱۳۷۲
- پهلوان، چنگیز، **نظریه‌های دولت در ایران**، تهران، کتاب آزاد، ۱۳۵۹
- توسلی، حسین، **مبنای عدالت در نظریه جان راولز**، نقد و نظر، شماره دوم و سوم، ۱۳۷۶ (بهار و تابستان)
- جبل عاملی، محمد (شهید اوّل)، **القواعدوالفوائد**، تحقیق عبدالهادی الحکیم، قم، مکتبة المفید، بی تا
- جوان، موسی، **مبانی حقوق**، ج ۱، تهران، شرکت رنگین کمان، ۱۳۳۶
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مکاتب حقوقی در حقوق اسلام**، انتشارات ابن سینا، ۱۳۵۳

ـ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دائرةالمعارف علوم قضایی**، ج ۲، گنج دانش
ـ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مقدمه عمومی علم حقوق**، بخش حقوق و اخلاق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۱
ـ جرجانی، میرسیدشریف، **تعریفات**، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۰۷ ق
ـ جبعی عاملی، زین‌الدین (شهیدثانی)، **الروضة البهیة فی شرح المعة الدمشقیه**، تصحیح محمد کلانتر، ج ۱، بیروت، دارالعالم الاسلامی
ـ جمشیدی، محمدحسین، **نظریهٔ عدالت**، پژوهشکده امام خمینی (ره)، ۱۳۸۱
ـ جعفری تبریزی، محمدتقی، **خاتم پیامبران**، ج ۲، حسینیه ارشاد، بی تا
ـ الجوزیّه، ابن قیم، **الطرق الحکمیة**، قاهره، ۱۹۶۱
ـ ابی یعلی، ابن فراء، **الاحکام السلطانیه**، مصر، ۱۳۵۶ هـ، بی تا
ـ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **حقوق اسلام**، تهران، گنج دانش، ۱۳۵۸
ـ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط**، اکراه در قتل، گنج دانش، ۱۳۸۶
ـ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط**، ج ۱، (واژه استبداد منوّر)، گنج دانش، ۱۳۸۶
ـ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **عناصر شناسی**، واژه عدل، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش
ـ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دائرةالمعارف**، علوم اسلامی، ج ۳، منطق حقوق، گنج دانش، ۱۳۶۱
ـ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **حقوق مدنی**، وصیّت، گنج دانش، ۱۳۷۰
ـ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دانشنامه حقوقی**، ج ۳، ابن سینا، ۱۳۵۲
ـ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۴
ـ جعفری تبریزی، **رسائل فقهی**، قاعده لاضرر، کرامت، ۱۳۷۷
ـ حکیم، محمدتقی، **الاصول العامّه للفقه المقارن**، قم، آل البیت للطباعة والنشر، ۱۹۷۹ م
ـ حکیمی، محمدرضا، دین و زندگی، مجله نقد و نظر، شماره ۲، ۱۳۷۵ ش
ـ حکیمی، محمدرضا، **عقل سرخ**، چاپ اوّل، انتشارات دلیل ما، ۱۳۸۳ ش
ـ حکیمی، محمدرضا، **الحیاة**، (ج ۱)، چاپ سوم، تهران، دارالطباعة و النشر، ۱۳۶۰ ش
ـ حائری، عبدالهادی، **نخستین رویارویی اندیشه‌گرایان ایرانی**، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۷
ـ حائری، عبدالهادی، **تشیع و مشروطیت در ایران**، امیرکبیر، ۱۳۸۱
ـ حلی، جعفر، **شرایع الاسلام**، بیروت، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ ق
ـ حلی، حسین ابن یوسف، **تذکرةالفقهاء**، ج ۱، المکتبة المرتضویه
ـ حرّانی، ابن شعبه، **تحف العقول عن آل الرسول**، نجف، مطبعة الحیدریه، ۱۳۸۰ ق
ـ خمینی (امام)، روح‌الله، **صحیفه نور**، ج ۲۱، تهران، وزارت ارشاد، ۱۳۶۱ ش
ـ خمینی (امام)، روح‌الله، **تحریرالوسیله**، اسماعیلیان، ۱۳۹۰ ق
ـ خوئی، اسماعیل، **آزادی، حق، عدالت**، گفتگو با احسان نراقی، جاویدان، ۲۵۳۶

ـ خوئی، آیت‌الله، ابوالقاسم، **تکملة المنهاج**، ج ۱، مطبعة الآداب، نجف، ۱۹۷۶
ـ خزائلی، محمد، **شرح بوستان**، چاپ سوم، ۱۳۵۶، بی جا
ـ خمینی (امام)، روح‌الله، **کتاب البیع**، ج ۲، انتشارات مهر قم، بی تا
ـ خمینی (امام)، روح‌الله، **کتاب البیع**، ج ۳، انتشارات مهر قم، بی تا
ـ خراسانی، آخوند محمدکاظم، **کفایة الاصول**، جلد دوم، تهران، اسلامیه
ـ خمینی (امام)، روح‌الله، **رسالة فی الاجتهاد و التقلید** (الرسائل) قاعده لاضرر، ج ۱ و ۲، قم، تنظیم و نشر آثار، ۱۴۲۰ قمری
ـ دهخدا، علی اکبر، **لغت‌نامه**، وزارت ارشاد، ۱۳۶۱
ـ داماد، محمدباقر، معروف به میرداماد، **جزوات**، ص ۶۵، نشر بهنام، بی تا
ـ دورانت، ویل، **لذات فلسفه**، تهران، سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۶۹
ـ راسل، برتراند، **تاریخ فلسفه غرب**، ترجمه نجف دریابندری، کتاب اول، تهران، نشر پرواز، ۱۳۶۵ ش
ـ رشاد، محمد، **گفت و گو**، «**صلح و عدالت**»، به کوشش میردامادی، الهدی، ۱۳۸۴
ـ راولز، **عدالت به مثابه انصاف** (Justiceas fairness 1958, John Rawls)
ـ روزبهان خنجی، فضل‌الله، **سلوک الملوک**، تصحیح محمدعلی موحد، خوارزمی، ۱۳۶۲
ـ رشدی، محمد عرسان علیان، **العقل عندالشیعة الامامیه**، بغداد، مطبعة دارالسلام، ۱۳۹۳ ق
ـ رستم باز، سلیم، **شرح المجله الاحکام**، بیروت، دارُاحیاء التراث العربی، ۱۳۰۴ ق
ـ ریچارد، تاک، **هابز**، ترجمه حسین بشیریّه، تهران، طرح نو، ۱۳۷۶ ش
ـ زلمی، مصطفی، **خاستگاههای اختلاف در فقه مذاهب**، ترجمه حسین صابری، بنیاد پژوهش‌های اسلامی، ۱۳۷۵
ـ زمخشری، محمود، **تفسیر نورالثقلین**، ج ۱، دفتر تبلیغات اسلامی، بی تا
ـ زرگری نژاد، غلام حسین، **رسائل مشروطیت**، انتشارات کویر، ۱۳۷۴
ـ ساندل، مایکل، **لیبرالیسم و منتقدان**، ترجمه احمد تدین، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۴ ش
ـ سروش، عبدالکریم، **مدارا و مدیریت**، چاپ اوّل، تهران، مؤسسه فرهنگی صراط، ۱۳۷۶
ـ سعدی، شیخ مصلح‌الدین، **گلستان**، تصحیح دکتر محمد خزآئلی، بی جا
ـ شریعتی، علی، **انتظار مکتب اعتراض**، ارشاد، ۱۳۵۲
ـ شجاعی زند، علیرضا، **مشروعیت دینی دولت و اقتدار سیاسی دین**، تهران، تبیان، ۱۳۷۶
ـ شمس‌الدین، محمدمهدی، **نظام حکومت و مدیریت در اسلام**، به کوشش سیدمرتضی آیت‌الله زادهٔ شیرازی، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵
ـ شاطبی، ابواسحاق، **الموافقات**، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا
ـ شمس‌الدین، محمدمهدی، علم اصول، مجله فقه اهل بیت، مقاله ابزار یا هدف، سال ۲، ش ۸

- شاطبی، ابراهیم، **الموافقات**، تحقیق، عبدالله درّاز، بیروت، دارالمعرفة، ۱۴۱۵ ق
- شهابی، محمود، **ادوار فقه**، تهران، نشر دانشگاه، ۱۳۵۴
- صدر، سیدمحمد باقر، **ماوراءالفقه**، دارُالاضواء، ۱۴۲۰
- صبحی، محمصانی، **التشریع الاسلامی**، ترجمه اسماعیل گلستانی، تبریز، کتابفروشی امیر یزدانی، ۱۳۴۶
- صدر، سیدمحمدباقر، **الفتاوی الواضحه**، جزء اوّل، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۹۸۱ م
- صدر، سیدمحمدباقر، **خلافة الانسان و شهادة الانبیاء**، جهادالبناء، ترجمه جمال موسوی، تهران، روزبه، ۱۳۵۹
- صدر، سیدمحمدباقر، **مباحث الاصول**، جزء اوّل، قسمت دوم، بیروت، دارالکتاب اللبنانی، ۱۹۷۸ م
- صدر، سیدمحمدباقر، **اقتصادنا**، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۳۹۹
- صانعی، یوسف، **گفت‌وگو، قاعده عدالت در فقه امامیه**، به کوشش حسنعلی اکبریان، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶
- طوسی، نصیرالدین، **اخلاق ناصری**، تصحیح مجتبی مینوی و علیرضا حیدری، چاپ پنجم، تهران، خوارزمی، ۱۳۷۳ ش
- طوسی، محمدبن الحسن، **النهایة**، دانش‌پژوه، دانشگاه تهران، ۱۳۴۳
- طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، **سؤال و جواب**، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶
- طبیبیان، مجید، **اقتصاد و عدالت اجتماعی**، نشر نی، ۱۳۸۶
- طباطبائی، سیدجواد، **درآمدی فلسفی بر تاریخ اندیشه سیاسی در ایران**، نشر فرهنگ، ۱۳۶۸
- طباطبائی حکیم، سیدمحسن، **منهاج الصالحین**، ج۲، مسئله ۱۱، بیروت، دارالتراث الاسلامی، ۱۳۹۵ ق
- طوسی، محمدبن حسن، **عدةالاصول**، قم، مطبعهٔ ستاره، ۱۳۷۶
- طبرسی، فضل بن حسن، **مجمع البیان فی تفسیرالقرآن**، بیروت، داراحیاءالتراث العربی، ۱۳۷۹
- طباطبائی یزدی، **ملحقات عروه**، قم، مکتبة الداوری، بی تا
- طباطبائی، سیدمحمدحسین، **تفسیرالمیزان**، قم، اسماعیلیان، ۱۳۹۳ق
- عالم، عبدالرحمن، **تاریخ فلسفه سیاسی غرب**، ج ۱، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۷۶ ش
- عنایت، حمید، **اندیشه‌های سیاسی در اسلام معاصر**، ترجمه خرمشاهی، خوارزمی، ۱۳۶۶
- عوّا، محمد، **درآمدی بر اصول نظام کیفری اسلام**، ترجمه حمید روستائی صدرآبادی، ناشر سلسبیل، ۱۳۸۵
- عنایتی راد، محمدجواد، **نگرشی به فقه شیعه از دیدگاه عدالت اجتماعی**، اندیشهٔ حوزه، ش ۴
- عاملی، حرّ، **وسائل الشیعه**، ج۷، تحقیق عبدالرحیم ربّانی شیرازی، بیروت، داراحیاء، بی تا
- عاملی، حرّ، **وسائل الشیعه**، باب شفعه، تحقیق ربّانی شیرازی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا
- عمید زنجانی، عباسعلی، **قواعد فقه، بخش حقوق خصوصی**، نشر سمت، ۱۳۸۶

- عرسان علیان، رشدی محمد، **العقل...**، بغداد، دارالسلام ۱۳۹۳ق
- غزالی، محمد، **المستصفی من علم الاصول**، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۹۱۴
- غزالی، محمد، **احیاءعلوم الدین**، بیروت، دارالفکر، ۱۳۵۶ هـ
- غلامی، حسین، **عدالت ترمیمی**، تهران، نشر سمت، ۱۳۸۵
- غزالی، محمد، **احیاءُ علوم الدین**، ج ۱، بیروت، دارالفکر، ۱۳۵۶ هـ
- غزالی، محمد، **کیمیای سعادت**، باب سوم، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۰
- فروغی، محمدعلی، **سیر حکمت در اروپا**، تهران، انتشارات زوار، چاپ دوم، ۱۳۶۷ (ج ۲)
- فارابی، ابونصر، **آراءاهل المدینة الفاضله**، لیدن، ۱۹۶۴
- فیضی، کریم، **فیلسوف عدالت**، نگرشی به زندگی علمی و عملی علّامه محمدرضا حکیمی، انتشارات تهذیب، ۱۳۸۱
- فخرالمحققین، **ایضاح الفوائد**، شرح قواعد، بی تا و بی جا
- فیض، علیرضا، **مبادی فقه و اصول**، تهران، انتشارات دانشگاه، ۱۳۷۴
- قدیری اصلی، باقر، **سیر اندیشه‌های اقتصادی**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۴ ش
- قرائی، خسرو، **دو طرز فکر حقوقی**، کیهان، ۱۳۴۷
- قطب، محمد، **جاهلیت قرن بیستم**، ترجمه صدر بلاغی، امیرکبیر، ۱۳۴۶
- قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران
- قمی، ابوالقاسم، **جامع الشتات**، تهران، شرکة الرضوان، بی تا
- کاپلستون، فردریک، **تاریخ فلسفه**، فیلسوفان انگلیسی از هابز تا هیوم، ترجمه امیر جلال الدین اعلم، ج ۱، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی سروش، ۱۳۷۵
- کاتوزیان، ناصر، **مقدمه علم حقوق**، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶
- کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، چاپ اوّل، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷
- کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، ج ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱
- کاتوزیان، ناصر، **کلیات حقوق**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۹
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، اعمال حقوقی**، شرکت انتشار، ۱۳۷۴ش
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، معاملات معوض**، شرکت انتشار، ۱۳۷۳ش
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، خانواده**، ج ۱، شرکت انتشار و شرکت برنا، ۱۳۷۶ش
- کاووشی نو در فقه اسلامی (مجله)، ش ۳۹
- کاشانی، محمود، **نظریه تقلب نسبت به قانون**، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۵۲
- کاشف‌الغطاء، **کشف الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء**، ج ۱، اصفهان، مهدوی (بی تا)
- کسروی، احمد، **تاریخ مشروطه ایران**، انتشارات امیرکبیر، سال ۱۳۵۳
- کلینی، ابوجعفر، **اصول کافی**، تحقیق علی اکبر غفاری، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸ق
- کواکبی، عبدالرحمن، **طبایع الاستبداد و مصارع الاستبعاد**، ۱۳۲۰، بی جا

- گرجی، ابوالقاسم، **عدالت و تقسیمات آن**، مقالات حقوقی، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۵ش
- قمی، ابوالقاسم، **جامع الشتات**، شرکت رضوان، بی تا
- لاهوری، محمد اقبال، **احیاء تفکر دینی**، ترجمه احمد آرام، تهران، نشر پژوهش‌های اسلامی، ۱۳۳۶
- ملکیان، مصطفی، مجلّه نقد و نظر، سال سوّم، شماره دوّم، ۱۳۷۶
- مطهری، مرتضی، **عدل الهی**، چاپ هجدهم، انتشارات صدرا، فروردین ۱۳۸۲
- محمدی ری شهری، محمد، **عدل در جهان‌بینی توحید**، حوزه علمیه قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۴
- محمدی ری شهری، محمد، میزان الحکمة، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۶۲ش
- مطهری، مرتضی، **آشنایی با علوم اسلامی**، فقه و اصول فقه، تهران، صدرا، ۱۳۵۸
- مطهری، مرتضی، **ده گفتار**، نشر حکمت، ۱۳۵۶
- مطهری، مرتضی، **جامعه و تاریخ**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا
- مطهری، مرتضی، **مجموعه آثار**، انتشارات صدرا، ۱۳۸۰
- مطهری، مرتضی، **مبانی اقتصاد اسلامی**، تهران،انتشارات حکمت، ۱۴۰۹ ق
- مطهری، مرتضی، **مرجعیت و روحانیت**، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا
- مطهری، مرتضی، **بیست گفتار**، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۱
- مطهری، مرتضی، **نظام حقوق زن در اسلام**، نشر فرهنگ اسلامی،۱۳۵۴
- مطهری، مرتضی، **پیرامون انقلاب اسلامی**، انتشارات صدرا، ۱۳۶۸
- مطهری، مرتضی، **خاتمیت**، انتشارات صدرا، بهمن ۱۳۶۶
- مطهری، مرتضی، **اسلام و مقتضیات زمان**، تهران، انتشارات صدرا، ج ۲، ۱۳۷۰ ش
- ماوردی، ابوالحسن، **الاحکام السلطانیه**، قاهره، مکتبة مصطفی البابی، ۱۳۹۳
- منتظری، حسینعلی، **ولایت فقیه**، ترجمه محمود صلواتی، قم، نشر تفکر، ج ۲، ۱۳۶۹
- منتظری، حسینعلی، **الاحتکار و التسعیر**، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵
- منتظری، حسینعلی، **دراسات و فی ولایة الفقیه**، ج ۲، المرکز العالمی لدراسات الاسلامیه، ۱۴۰۸ق
- مجتهد شبستری، محمد، **نقدی بر قرائت رسمی از دین**، طرح نو، ۱۳۸۱
- مهریزی، مهدی، **فقه پژوهشی**، دفتر اوّل، انتشارات ارشاد، ۱۳۷۸
- مجموعه مقالات، **فقیهان و زمان و مکان**، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی، ج ۸، زمستان ۱۳۷۴
- موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، **فقه الحدود و التعزیرات**، قم، مکتبة امیرالمؤمنین، ۱۴۱۳
- مکارم شیرازی، ناصر، **قواعدالفقهیه**، ناشر مطبعة امام علی ابن ابی طالب(ع)، ۱۴۱۶ ق
- محمدی، ابوالحسن، **قواعد فقه**، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۰

- مگی براین، **مردان اندیشه**، پدیدآورندگان فلسفه معاصر، ترجمه عزت‌الله فولادوند، تهران، طرح نو، ۱۳۷۴
- موحد، محمدعلی، **درهوای حق و عدالت**، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، نشر کارنامه، ۱۳۸۱
- مظفر، محمدرضا، **المنطق**، مطبعة النعمان، نجف، ۱۳۸۸ ق
- مظفر، محمدرضا، **اصول الفقه**
- نابلسی، عبدالغنی، **شرح اشباه و نظائر**، جمعیت منتدی النشر، ج ۱ و ۲، سال ۱۳۸۶ ق
- مجلسی، علامه، **بحارالانوار**، بیروت، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ ق
- مولوی، جلال الدین، **مثنوی**
- منشی، نصرالله، **کلیله و دمنه**، تصحیح مجتبی مینوی، سال ۱۳۴۷، بی جا
- مقری الفیومی، علی، **مصباح المنیر**، تصحیح محی الدین عبدالمجید، بی جا، ۱۳۴۷ق
- محقق نجفی، شیخ محمدحسن، **جواهرالکلام**، ج ۳ و ۶، بیروت، داراحیاءالتراث العربی، ۱۹۸۱م
- محمدی، ابوالحسن، **مبانی استنباط حقوق اسلامی**، چاپ ۱۴، تهران، انتشارات دانشگاه، ۱۳۸۰
- مجتهد شبستری، محمد، **ایمان و آزادی**، چاپ چهارم، طرح نو، ۱۳۸۲
- محقق اردبیلی، **زبدة البیان فی احکام القرآن**، کتاب المواریث، بی تا
- مراغی، **العناوین**، ج ۱، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ق
- محقق داماد، سیدمصطفی، **قواعد فقه**، بخش مدنی، تهران، سمت، ۱۳۷۴
- مرعشی، سیدمحمدحسن، **دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام**، میزان، ۱۳۷۳
- محمدی، علی، **شرح اصول الفقه**، دارالفکر، ۱۳۷۵
- مغنیه، محمدجواد، **فقه الامام جعفر الصادق(ع)**، بیروت، دارالجواد، ۱۴۰۲ ق
- مغنیه، محمدجواد، **الفقه علی المذاهب الخمسه**، کانون الثایی، چاپ هفتم، ۱۴۰۲
- نازیک، رابرت، **عدالت و استحقاق**، ترجمه مصطفی ملکیان، نقد و نظر، شماره دوم و سوم، ۱۳۷۶
- نراقی، ملامحمد مهدی، **جامع السعادت**، تحقیق سیدمحمد کلانتر، نجف، مطبعة النجف، ۱۳۸۳ق
- نراقی، ملامحمد مهدی، **المستندالشیعه**، چاپ سنگی، بی تا
- نصر، سیدحسین، **جوان مسلمان و دنیای متجدد**، ترجمه مرتضی اسعدی، چاپ اوّل، طرح نو، ۱۳۷۵
- نوری، محدث، **مستدرک‌الوسائل**، ج ۱۱، قم، آل بیت، ۱۴۰۸
- نقد و نظر مقاله عدالت(مجله) سال سوم، شماره ۲ و ۳، تابستان ۱۳۷۶
- نجفی، شیخ محمدحسن، **جواهرالکلام**، ج ۲۹، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱
- نجفی، شیخ محمدحسن، **جواهرالکلام**، بیروت، ج ۲۳، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱
- نراقی، ملااحمد، **عوائدالایام**، مرکز الابحاث و الدراساتُ الاسلامیه، قم، مرکز النشر، ۱۴۱۷ق
- نائینی، محمدحسین، **تنبیه الامة و تنزیة الملة**، با مقدمه و توضیح سیدمحمود طالقانی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۳۴

- نوحی، حمیدرضا، **قواعد فقهی** در آثار امام خمینی، نشر عروج، ۱۳۸۶
- واعظی، احمد، **اسلام و لیبرالیسم**، مجله سیاسی، سال ششم، ش ۲۲، تابستان ۱۳۸۲
- یزدی، سیدمحمدکاظم، **العروة‌الوثقی**، قم، مکتبة الداوری، بی‌تا